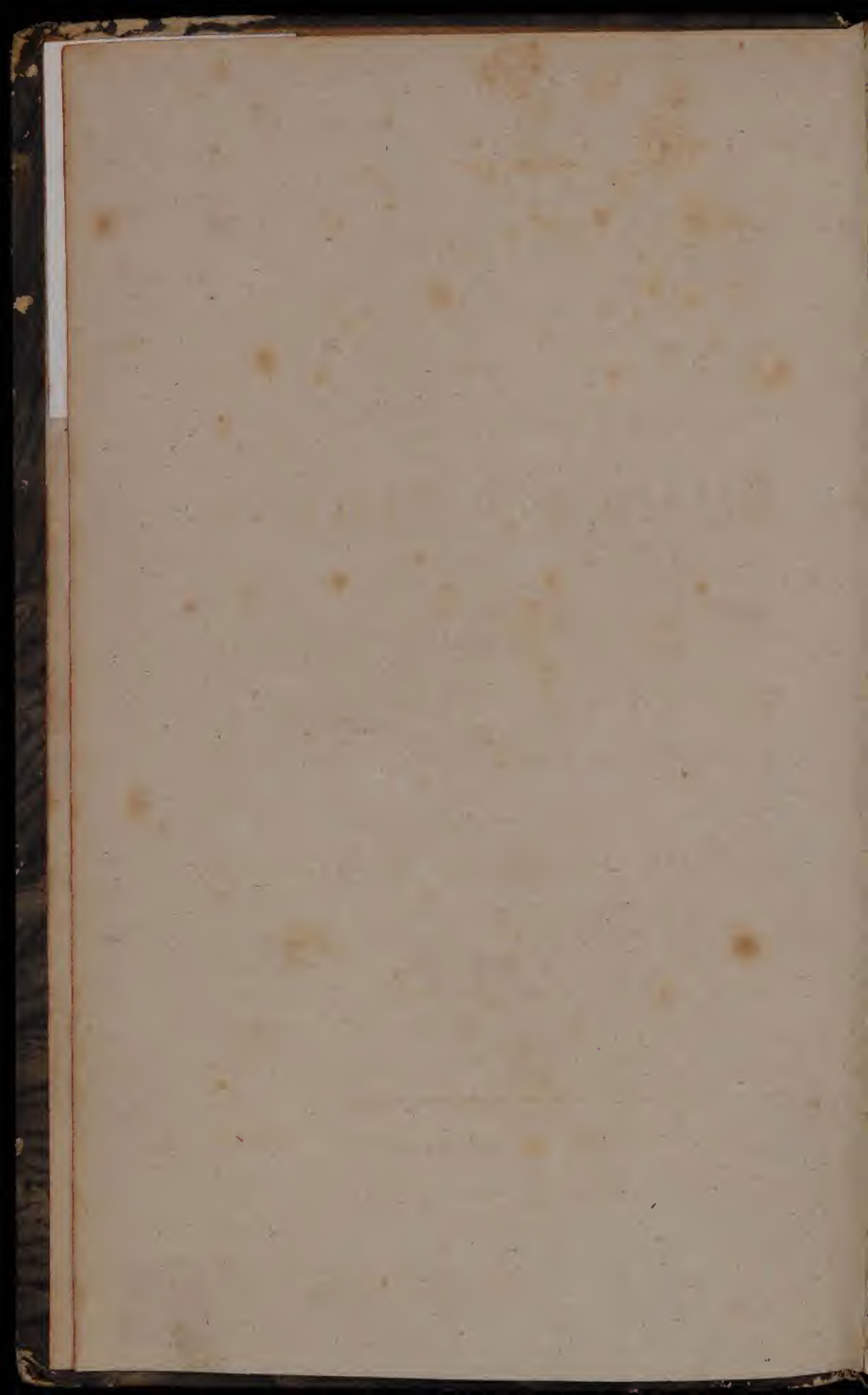

Istituto di Diritto Pubblico



Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden

von

Dr. Adolph Dieterich Weber,

der Rechtsgelahrtheit ordentlichem öffentlichen Lehrer zu Rostock.

Vierte unveränderte Ausgabe.

Erstes Stück.

Leipzig,
bei Karl Franz Köhler
1820.

Vorrede
zur zweiten Ausgabe.

Anfangs war meine Absicht auf eine ausführliche Abhandlung der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden gerichtet. Diese Beiträge sollten nur vorerst die Berichtigung einiger Materien liefern, um vorläufig darüber das Urtheil der Sachkundigen zu vernehmen. Nach meiner Ueberzeugung würde ein vollständiger und zweckmäßiger Vortrag dieser Lehre folgende Stücke erfordern: 1) eine richtige Darstellung der gerichtlichen Rechtsverfolgung durch Klagen und Einreden und deren verschiedenen Arten überhaupt; 2) eine vollständige Abhandlung der einzelnen Rechtsmittel insbesondere; und zwar dergestalt, daß 3) bei einer jeden Klage der Grund, der Kläger, der Beklagte, und das Gesuch genau bestimmt, alsdann

)(aber

aber auch die vorzüglichsten **Einreden**, welche dagegen Statt finden, angemerkt werden. Hiernächst erwartet man billig 4) eine genaue Entwickelung dessen, was in Ansehung des **Gerichtsstandes**, und 5) in Betreff des **Beweises** bei jeder Klage vorzüglich bemerkenswerth ist; 6) der Uebergang der Klagen auf Andere, theils durch **Erbfolge**, theils durch **Cession**, ist ein sehr wichtiger Gegenstand, worüber die allgemeinen Grundsätze, und deren Anwendung auf die besondern Rechtsmittel in einem gehörigen Vortrage dieser Materie nicht fehlen dürfen. Eben so hat man auch 7) die **Concurrenz mehrerer Klagen**, das Verhältniß derselben gegen einander, die Grundsätze von der **Cumulation**, ingleichen, **wie die eine durch die andere aufgehoben wird;** und endlich 8) die **Dauer** und **Verjährung** der Klagen gehörig aus einander zu setzen. Alles dieses ist nun in einer solchen Verbindung abzuhandeln, daß der angehende Praktiker dadurch desto leichter in Stand gesetzt werde, bei einer jeden Rechtsmaterie die ver-

schie-

schiedenen Klagen, welche dabei eintreten, gehörig zu übersehen, und unter Mehreren eine vortheilhafte Auswahl zu treffen. Das Letztere erfordert durchaus, daß der Vortrag nicht bloß auf eine trockene Abhandlung jeder einzelnen Klage vor sich beschränkt, sondern, daß auch in Ansehung der sämmtlichen Klagen, welche bei einer Rechtsmaterie in Betracht kommen, vorzüglich ins Licht gesetzt werde, wie man nach Verschiedenheit der Verhältnisse bald die eine, bald die andere, leichter und kürzer ausführen könne. Ein vorzüglich wichtiger Theil des Unterrichts ist auch in diesem Betrachte 9) die Anzeige der Rechtsmittel, deren man sich zur Hülfe zu bedienen hat, wenn diejenigen Klagen, welche eigentlich und zunächst bei einer Rechtsangelegenheit eintreten, nicht mehr Statt finden, oder mit besondern Schwierigkeiten verknüpft sein sollten. Da übrigens der Unterricht, wenn er anders für Anfänger recht nutzbar werden soll, durchaus mit einer Uebung in Ausarbeitungen zu verbinden ist: so sind

auch zu dem Ende 10) **wohl eingerichtete** Formulare allerdings erforderlich, wobei sich von selbst versteht, daß sie den Regeln einer guten juristischen Schreibart gemäß, und überhaupt so eingerichtet seyn müssen, daß sie zu unsern Zeiten noch als Muster empfohlen werden können. Bei aller Achtung für das Verdienst der gelehrten Schriftsteller, welche die Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden bisher bearbeitet haben, getraue ich mir doch nicht zu behaupten, daß den obigen Forderungen durchgängig schon Genüge geleistet, und daß nicht hin und wieder noch eine nicht unbeträchtliche Lücke vorhanden sei. Man pflegt gemeiniglich die Vorlesungen über die Klagen und Einreden, als eine nützliche Wiederholung des ganzen gemeinen bürgerlichen Privatrechts, zu empfehlen. Das ist auch allerdings gegründet. Nur sollte man diese Wiederholung nicht zu eigentlich nehmen, den Zuhörer nicht bloß mit Sachen, die er, in den Institutionen und Pandekten bereits vernommen hat, (vielleicht noch unvollständiger, als dort) unterhalten; man sollte su-

chen, ihn weiter zu führen, und vorzüglich diejenigen Wahrheiten, welche in den theoretischen Vorlesungen entweder gar nicht, oder nicht ausführlich genug vorgekommen sind, genauer zu entwickeln. Ganz vorzüglich gehört dahin die den Anfängern so nöthige Anleitung, unter mehrern verwandten Klagen die vortheilhafteste, nach Beschaffenheit der Umstände, zu wählen. Die Gesetze selbst haben an mehr, als einer Stelle, dergleichen sorgfältige Auswahl, und deshalb anzustellende Prüfung einzuschärfen gesucht.*) In dem **Schmidtschen Lehrbuche** findet man nun zwar die verschiedenen Klagen, welche zu **einer** Rechtsmaterie gehören, in Verbindung abgehandelt; allein vielleicht

 wäre

*) L. 5. §. 4. pr. L. 17. L. 19. de Praescr. Verb. L. 24. D. de R. V. Der Kaiser Justinian macht denen, welche sich in dieser Absicht einer Unterlassungssünde schuldig machen, ein Compliment, welches nicht beneidenswerth ist: Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat, probandi in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, et tantum habere, ut solidum sibi solui possit. §. 3. *L. Quod cum eo, qui in al. potest.*

wäre es doch nicht undienlich gewesen, wenn der Verfasser sich etwas bestimmter auf solche Punkte eingelassen hätte, wodurch eine Klage vorzüglich mit mehrern, oder mindern Schwierigkeiten verknüpft ist, als die andere. In der sogenannten außergerichtlichen Rechtsgelahrtheit, und den zur willkührlichen Gerichtsbarkeit gehörenden Materien, haben wir bekanntlich über die Cautelen Werke von entschiedenem Werthe aufzuweisen. In Rücksicht auf das gerichtliche Verfahren ist dieser Theil der juristischen Litteratur nicht so gut bearbeitet. **Tönnickers** dreifacher aduocatus prudens, und einige andere Werke dieser Art, werden meine Behauptung wohl nicht widerlegen.* In dem praktischen Unterrichte von gerichtlichen Klagen und Einreden wäre gerade hierauf eine gedoppelte Rücksicht zu nehmen. **Einmal** in Ansehung der zweckmäßigen Auswahl der vortheilhaftesten Rechtsmittel, und **zweitens** in Ansehung der vorsichtigen Einrichtung des Vortrags selbst, um die Erreichung unsers Zwecks zu erleichtern, und etwa

wa zu befürchtenden Chikanen des Gegners vorzubeugen. Der mündliche Vortrag kann hier freilich viel ergänzen; doch würde es ungleich größern Nutzen stiften, wenn die Lehrbücher selbst eine nähere Anleitung dazu enthielten. Ob ich nun gleich zur Ausführung jener Idee eines vollständigen Werks jetzt nicht geneigt bin: so mögen doch diese Beiträge einer Sammlung einzelner Beobachtungen bestimmt bleiben, wozu theils der mündliche Vortrag hieher gehörender Materien, theils die Lesung und Entscheidung gerichtlicher Rechtsfälle die Veranlassung giebt. Ich habe daher nicht nur auf Verlangen des Herrn Verlegers die erste Ausgabe wieder nachgesehen, Manches mehr berichtigt, und zum Theil einige Zusätze beigefügt; sondern ich werde auch diese Sammlung nunmehr von Zeit zu Zeit fortsetzen, so wie der Vorrath einzelner Beobachtungen zum Abdrucke eines Stücks angewachsen sein wird. Bei der Achtung, die ich dem Publico schuldig bin, und die mich zur sorgfältigen Prüfung meiner Schriften verbindet, ehe ich sie dem Abdrucke übergebe,

kann

kann ich freilich eine bestimmte Lieferung von Messe zu Messe nicht immer versprechen. Auch der beste Vorsatz, strenge gegen sich selbst zu sein, läßt doch die Fehler eigner Arbeiten oft übersehen. Desto mehr soll mir die Belehrung des Kenners willkommen sein.

Rostock, den 17ten Novbr. 1794.

Die gegenwärtige **dritte** Ausgabe ist theils in Ansehung des Ausdruckes an einigen Stellen berichtigt, theils mit kleinen Zusätzen sowohl zur nähern Begründung des Gesagten, durch beigefügte Gesetzstellen, als auch zur litterarischen Nachweisung vermehrt worden. Besonders ist No. 6. die Erläuterung der Regel: liquidi cum illiquido nulla est compensatio, noch etwas bestimmter ausgeführt worden, um die Mißdeutung und ungerechte Anwendung dieser Regel nach Möglichkeit zu verhüten.

Rostock, den 26ten Februar 1803.

Vorerinnerung zur vierten Ausgabe.

Damit dem eingetretenen Bedürfnisse einer neuen Auflage des ersten Stückes der Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden ungesäumt abgeholfen werde, hat der Herr Verleger, mit Zustimmung der Erben des würdigen Verfassers, den gegenwärtigen unveränderten Abdruck veranstaltet.

Je sorgfältiger dieses Werk bereits von dem verewigten Verfasser selbst, bei der

zweiten

zweiten und dritten Ausgabe, nachgesehen und berichtigt worden ist, um so zuversichtlicher läßt sich annehmen, daß eine wiederholte Bearbeitung — wozu ich mir den Beruf ohnehin nicht beimessen dürfte — keinesweges nothwendig sei.

Neustrelitz, den 24. Novembr. 1819.

Dr. A. W. L. Weber.

In-

Inhalt.

Seite.

6. Von

Inhalt.

I.

Ueber den Unterschied der Rechtsverfolgung durch Klagen und Einreden.

Beide Arten unsere Befugnisse vor Gericht geltend zu machen, kommen freilich darin überein, daß sie ein **vollkommenes Recht** desjenigen, der sich ihrer bedient, voraussetzen. Beide können zur Erlangung des Unsrigen führen. Nur darin besteht der wesentliche Unterschied, daß I. der Berechtigte, welcher als Kläger auftritt, geradezu durch Verurtheilung des Gegners sein Zwangsrecht wirksam zu machen sucht. Wer hingegen ein gewisses Recht, mittelst einer Einrede vor Gericht anbringt, kann auf diesem Wege nichts mehr, als die Abweisung des Klägers, es sei ganz, oder zum Theil, bewirken. Dieß bringt einmal die Natur der Einreden mit sich [1]; und zweitens fehlt es auch nicht an

1) Zanger de exceptionibus III. 26. 30. Hier ist übrigens nur von der hauptsächlichen Wirkung der Einrede selbst die Rede. Die Verurtheilung in die Proceßkosten — eine Folge der ungerechten Klage, wo-

an Gesetzen, welche die Sache deutlich bestimmen. Exceptio dicta est, quasi *quaedam exclusio*, quae opponi actioni solet, ad *excludendum* id, quod in intentionem, condemnationemue deductum est. — Illud tenendum est, omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse. L. 2. pr. §. 2. *D. de exceptionib.* — Spoliatione in modum *exceptionis* tantum probata, non est per hoc *restitutio* facienda; quemadmodum si in modum exceptionis aliquod crimen testi obiicitur et probatur, non ideo ipsi poena infligitur. Cap. 2. *X. de ordine cognitionum.* Was sogar in Ansehung des Spolii gilt, wenn es nur vermittelst einer Einrede angebracht wird, muß um so mehr in andern Fällen zur Anwendung kommen. Dennoch behauptete Leyser den Satz, daß der Richter auch ungebeten den Kläger verurtheilen könne, wenn die eingewandte Gegenforderung des Beklagten mehr als bloße Abweisung der Klage mit sich bringen sollte. Non loquor, setzt er hinzu, de casu, quo reconventionem instituit reus. Hic enim dubium non habet. Sed et extra illum iudici idem licet. Reus enim excipiendo fit actor. Ergo si ex exceptione adparet, non actori, sed reo quid deberi, non opus erit nouum

womit der Kläger abgewiesen wird, — gehört gar nicht hieher. Claproth ordentl. Proceß §. 207. J. C. Schmidt von gerichtl Klagen und Einreden §. 21.

nouum libellum posci, nec nouum iudicium instituí. Nam quod fieri potest per pauca, per plura fieri non debet. Sed potest iudex actorem in eodem iudicio condemnare. Argum. §. 34. I. *de actionibus* [2]). Gegen die bestimmte Vorschrift der vorhin angeführten Gesetze, können alle diese vermeinten Gründe nicht in Betrachtung kommen. Der bekannte Satz: reus excipiendo fit actor, oder, wie die Gesetze selbst sich ausdrücken: Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur. Nam reus in exceptione actor est [3]), ist nicht von dem Zweck der Schutzreden oder von der Wirkung derselben, worauf es hier ankommt, und am allerwenigsten in dieser Rücksicht als allgemeine Regel zu verstehen [4]); sondern nur in Beziehung auf besondere Verhältnisse [5]) und Vorschriften der Gesetze anzunehmen, welche, ungeachtet nur der Ausdruck actio vorkommt, dennoch allgemein auch auf die Rechtsverfolgung

 durch

2) Leyser 468. 37.

3) L. I. D. de exceptionib.

4) Fratr. Becmannorum Cons. et Decis. I. II. 68.

5) Zum Beispiel in Ansehung der Ausführung und des Beweises. L. 19. D. de probat. In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi debere; ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet, pactum conuentum factum esse — Man sehe auch L. 8. §. 3. D. si seruit. vind. und L. 7. §. 5. de lib. caus.

durch Einreden angewandt werden [6]). In andern Fällen hingegen, wo dieses der Natur der Sache, oder auch dem wahren Sinne der Vorschrift widerstreiten würde, heißt es daher ausdrücklich: Actionis verbo non continetur exceptio [7]). Ein Beklagter kann mancherlei Ursachen haben, seinen Antrag zur Zeit nur auf Abweisung des Klägers einzuschränken. Es folgt nicht, daß er nur aus Versehen das nicht gebeten habe, was er den Rechten nach wohl hätte verlangen können. Das Argument, welches Leyser aus §. 34. I. *de actionibus* hernehmen will [8]), paßt

6) Das Prätorische Edict gab die Klage de dolo; jedoch mit der ausdrücklichen Bestimmung: si de his rebus alia *actio* non erit. L. 1. §. 4. D. de dolo malo. Aber auch dem ward die Klage versagt, der sich nur mittelst einer Einrede gegen allen Verlust zu sichern im Stande war. L. 7. §. 9. L. 25. L. 40. D. de dolo malo. Mit diesen Gesetzen steht cit. L. 1. D. de except. als eine Erklärungsregel in Verbindung.

7) L. 8. §. 1. D. de Verbor. significat. Cujacius ad h. l. hat umständlich gezeigt, daß diese Worte *Paulli* lib. III. ad Edictum eigentlich das Prätorische Edict de edendo betreffen cf. L. 1. D. de edendo; ibique Pothier *Pandect. Iustin.* n. 2.

8) Si minus in intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti si quum ei decem aurei

paßt daher hier eigentlich nicht. Aus dem bisher Gesagten ist nun auch in vorkommenden Fällen leicht zu beurtheilen,

 II. Ob

aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit — sine periculo agit. In reliquum enim nihilominus aduersarium in eodem iudicio ei condemnat ex constitutione diuae memoriae Zenonis. Der Kläger hatte durch das Anbringen der Klage seine Absicht, daß er die wirkliche Leistung des Schuldigen vom Beklagten verlange, deutlich genug erklärt; daher soll ihm das Versehen in der Summe nicht zum Nachtheil gereichen. Dieß erklärt auch der gleichfolgende §. 35. I. ibid. deutlich: cognita veritate errorem suum corrigere ei permittitur. Zwar heißt es auch in L. 14. *C. de Sententiis et interlocutionibus:* Quum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuerit, non solum iudicem de absolutione rei iudicare, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inuentus, condemnare; huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronunciare; nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscatur. Cuius enim in agendo obseruat arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur. — Dieß Gesetz bestimmt aber nur die Befugniß des Richters überhaupt dahin,

II. **Ob und in wie fern es vortheilhafter oder zweckmäßiger sei, die eine, oder die andere Art der Rechtsverfolgung zu ergreifen?** Der Beklagte, dem daran gelegen ist, daß sein Gegner zu dieser oder jener Leistung verurtheilt werde, muß den Weg der Klage erwählen [9]. Glaubt er aber sich dabei beruhigen zu können, wenn bloß der Kläger abgewiesen wird: so ist die Verfolgung des Rechts durch Einreden nicht nur hinreichend, sondern sie kann auch rathsamer und vortheilhafter seyn. Denn

III. **Die Klage ist der Verjährung unterworfen, hingegen die Einreden des Beklagten werden vor angestellter Klage durch keine**

hin, daß er auch den Kläger allerdings verurtheilen könne, wenn gleich dieser sonst einen andern Gerichtsstand haben sollte. Daß aber die Verurtheilung auf bloße Einreden des Beklagten geschehen dürfe, ordnet das Gesetz keinesweges. Diejenigen haben also nicht unrecht, welche dabei einen zweckmäßigen Antrag des Beklagten, d. i. die Widerklage, voraussetzen; womit auch die gleich darauf folgende Auth. *Et consequenter* C. ibid. übereinstimmt. Stryck de reconvent. c. 1. §. 10. Fratr. Becmannor. Cons. et Decis. c. l. n. 68.

9) L. 18. §. 4. D. *Commodati.* verb.: Fieri potest, ut amplius esset, quod inuicem aliquem consequi oporteat; — dicemus *necessariam esse contrariam actionem.*

keine Verjährung eingebüßt; obgleich der Vortrag derselben im Laufe des Prozesses der Regel nach an gewisse Zeiten gebunden ist. Der Beklagte muß die Klage abwarten, und erst, wenn diese angebracht worden, ist es Zeit, sich zu vertheidigen, und Einreden dagegen vorzuschützen. Daraus folgt von selbst, daß keine Verjährung den Beklagten hindern könne, sein Recht gegen den Kläger zu allen Zeiten, wenn dieser ihn in Anspruch nimmt, vertheidigungsweise geltend zu machen. Viele Rechtsgelehrte sind indeß der Meinung, daß dieß nicht von allen Arten der Einreden ohne Unterschied anzunehmen sei. Betrifft nämlich die Einrede ein Recht des Beklagten, welches er inmittelst auch klagend hätte verfolgen können, so soll eben die Verjährung, welche sein Recht zu klagen aufhörend macht, den Verlust der Einrede gleichfalls bewirken [10]). Wenn daher ein Käufer actionem redhibitoriam oder quanti minoris binnen

 der

10) Mevius Decis. III. 333. Vinnius ad §. 8. I. de actionib. Hopp. ibid. Mylius *de remediis, quae per modum actionis et exceptionis proponi possunt.* bei Zanger *de exceptionib. Tom.* 2. I. A. Sinner *de actione rescissoria Trai. ad Rhen.* 1697. §. 46. J. L. Schmidt von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 129. E. G. Schmidt theoretisch practischer Commentar rc. rc. ibid. C. W. Wehrn von gerichtlichen Einwendungen §. 8.

der gesetzlichen Zeit nicht angestellt hat: so soll er auch in der Folge dem klagenden Verkäufer die Einrede der fehlerhaften Sache nicht mehr entgegen setzen können, der unrechtmäßig Enterbte, nach Ablauf von fünf Jahren, sich der Einrede des pflichtwidrigen Testaments nicht bedienen dürfen. So würden auch diejenigen, welche ihr Recht actione contraria hätten verfolgen können, nach Verjährung derselben gegen die etwa noch fortdauernde directe Klage [11]) auch das Recht der Einrede verloren haben [12]). An Gesetzen, welche die Sache im Allgemeinen ganz bestimmt entscheiden, fehlt es zwar. Allein, man glaubt diesen Abgang durch rechtliche Gründe ergänzen, und eben dadurch die angeführte Theorie außer Zweifel setzen zu können. Da der Beklagte in diesen und ähnlichen Fällen allerdings berechtigt war, sein Recht eher zu verfolgen: so findet auch, sagt man, der bekannte Grund hier nicht Statt, weshalb sonst die Einreden vor angestellter Klage keiner Verjährung ausgesetzt sind. Gleich-

11) Wenn zum Beispiel der Kläger immittelst den Lauf der Verjährung seiner Seits gehindert hätte.

12) Der Unterschied, welchen **Wehrn** a. a. O. zwischen den immerwährenden Klagen, und denen, die von kürzerer Dauer sind, zu machen sucht, scheint den Grundsätzen, die er einmal angenommen hat, nicht gemäß.

Gleichwohl aber heißt es in unsern Gesetzen ausdrücklich: Licet unde vi interdictum intra annum locum habeat, tamen *exceptione perpetua* succurri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem auctoritate iuris manifestatur. L. 5. C. de except. — und noch deutlicher: Non sicut de dolo *actio* certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est. Nam haec *perpetuo* competit, *quum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conueniatur.* Hier ist von Beklagten die Rede, die ihr Recht auch klagend verfolgen konnten; der Grund, warum ihnen die Einrede dennoch vorbehalten bleibt, wird nicht sowohl aus besondern Verhältnissen gerade dieser Einreden, sondern sehr allgemein aus der Natur der Sache überhaupt hergenommen; und es ist daher keine Ursache vorhanden, um diese Gesetze nur als Ausnahmen von einer Regel, die man ohnehin nicht füglich beweisen kann, zu betrachten. Vielmehr dürfte es wohl in jeder Rücksicht den Rechten gemäßer sein, ohne weitern Unterschied als allgemeinen, und in diesen Gesetzen anerkannten Grundsatz anzunehmen, daß den Einreden des Beklagten eigentlich keine Verjährung entgegengesetzt werden könne, wenn gleich die Zeit, binnen welcher der Beklagte sein Recht klagend verfolgen durfte, bereits gänzlich

verstrichen sein sollte [13]). Denn Niemand kann durch die Verjährung mehr Recht verlieren, als er wirklich versäumt hat. Wenn nun die Gesetze den gerichtlichen **Klagen** eine gewisse Dauer bestimmt haben: so kann auch derjenige, der binnen der gesetzlichen Frist nicht **klagt**, durch diese Vernachlässigung auch nichts mehr, als die **Befugniß zu klagen**, einbüßen. Nun wird aber durch die sogenannte **auslöschende** Verjährung, von welcher hier nur die Rede ist, nicht sowohl das Recht und die Verbindlichkeit an sich, als vielmehr nur die gerichtliche Verfolgung durch Klagen, ausgeschlossen; denn nur von diesen ist in den Gesetzen, welche von jener Verjährung handeln, die Rede [14]); folglich muß auch wegen der an sich nicht

13) Einstimmig mit FABER in Cod. Lib. 2. Tit. 35. Defin. 4. CARPZOV Resp. 96. Lib. 2. n. 1. 2. *Hugo* DONELL in Comment. iur. ciuil. Lib. 22. c. 2. in fine. HOMMEL Rhapsod. Quaest. Obs. 481. vergl. auch **Thibaut** ü. d. logische Auslegung d. röm. Rechts §. 21 rc.

14) **Meine systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit.** §. 92. Dagegen wird nun zwar von **Schmidt** l. c. erinnert, daß mit der Befugniß zu klagen auch das Recht selbst nothwendig verloren gehe, weil ja sonst die Fortdauer eines Rechts nichts helfen könnte. Allein daß wir Rechte haben können, ohne daraus klagen zu dürfen, ob wir gleich das Rechtsmittel der Einrede behalten, zeigt Senatusconsultum Mace-

nicht aufgehobenen Verbindlichkeit so lange eine Einrede Statt finden, bis man Gesetze beibringt, welche das Gegentheil verordnen. Sonst läßt sich die Vernachlässigung einer **Einrede** nicht eher gedenken, als nachdem der Gegner wirklich mit einer Klage aufgetreten ist. Einige Einwürfe haben wir noch zu beantworten. In L. 9. §. 4. D. de iureiurando heißt es: Si minor viginti quinque annis detulerit, et hoc ipso captum se dicat, aduersus exceptionem iurisiurandi replicari debet; ut Pomponius ait. Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum Praetorem debere cognoscere, an captus sit; et sic in integrum restituere; nec enim utique, qui minor est, statim et circumscriptum se docuit. *Praeterea exceptio ista statutum tempus post annum XXV. non debet egredi.* Hier ist aber nicht sowohl von dem Beklagten, und dessen Einreden, als vielmehr von der Replik des Klägers die Rede. Diese wird zwar sonst den Einreden an die Seite gesetzt [15]; allein in

Macedonianum schon deutlich genug; ohne noch andere Beispiele der natürlichen Verbindlichkeit anzuführen.

15) Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio. L. 22. §. 1. L. 2. §. 1. *D. de Exceptionib.* und in L. 6. *C. de Exceptionib.* heißt es daher auch: Si pactum intercessit, in exceptione sine

in dem Falle, wovon das angeführte Gesetz handelt, ist der Unterschied sehr einleuchtend. Ein Minderjähriger hatte die rechtliche Bestimmung einer gewissen Angelegenheit auf den Eid ankommen lassen. Dieser war gegen ihn geleistet worden. Gleichwohl suchte er in der Folge sein Recht klagend zu verfolgen, und die Einrede des Eides durch die Replik zu entkräften, daß er als Minderjähriger den Eid zugeschoben, und dadurch eine Verletzung erlitten hätte. War nun die gesetzliche Zeit, binnen welcher die Handlung eines Minderjährigen nach erlangter Großjährigkeit noch angefochten werden darf, bereits verstrichen: so ward ja diese Replik sichtlich dazu gemißbraucht, um eine schon verjährte Klage durchzusetzen; welches nicht ohne rechtlichen Grund verworfen ward. Hievon kann also auf die **Einreden,** deren sich der Beklagte zu seiner Vertheidigung bedient, wohl nicht geschlossen werden. Eine andere Stelle, worauf man sich zu berufen pflegt, ist L. 30. §. 6. D. de Peculio: In dolo obiiciendo temporis ratio habetur; fortassis enim post tempus de dolo actionis non patietur dolum malum obiici Praetor; quoniam nec de dolo actio post statutum tempus datur. Man darf aber nur die nächstvorhergehenden, und nachfolgenden Worte dieses

sine temporis praefinitione de dolo replicare potes.

ses Gesetzes, in Verbindung mit *L. 21. D. de peculio* nachlesen; zum Ueberfluß aber, was **Faber** und **Cujaz** darüber gesagt haben, zu Rathe ziehen [16]), um sich zu überzeugen, daß diese Stelle keineswegs von den Einreden des Beklagten, sondern von dem Falle, wo des doli halber **geklagt ward**, zu verstehen sei. In *L. 8. §. 13. De inofficioso testamento* heißt es endlich: Si filius exheredatus sit in possessione hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem; filius vero in modum *contractionis* querelam inducat, *quemadmodum ageret si non possideret, sed peteret.* Die letztern Worte bezeichnen **den Inhalt des gerichtlichen Antrags**; hingegen von einer bestimmten **Zeit**, binnen welcher die Einrede nur gebraucht werden könnte, enthält der Ausdruck des Gesetzes nichts, und es bleibt daher bei dem, was nach obigen Vorschriften, und Gründen der Analogie, zur Regel dienen muß. In gewissem Betrachte macht die bekannte Einrede nicht bezahlten Geldes eine Ausnahme davon; obgleich gegen den Satz, daß diese Einrede nach Ablauf der gesetzlichen Zeit **gar nicht** mehr zulässig sei, bekanntlich noch wichtige

16) Faber *Rational.* ad L. 30. §. 6. de Peculio. Cuiacius ad L. cit. und L. 17. D. *de dolo malo.*

tige Erinnerungen gemacht werden, worauf ich mich jedoch hier nicht einzulassen habe [17].

IV. Vorzüglich zeigt sich das Vortheilhafte der Rechtsverfolgung durch Einreden, bei solchen Ansprüchen, derentwegen die Befugniß zu **klagen** entweder gar wegfällt, oder doch zum Zweck einer völligen Befriedigung nicht zureicht; wobei man sich zur nähern Erläuterung nur an die eingeschränkte natürliche Verbindlichkeit erinnern darf [18]. Ueberhaupt aber kann man auf diesem Wege

V. nur solche Rechte geltend machen, **mit denen der Anspruch des Klägers, seiner jetzigen Intention gemäß,** nicht bestehen kann. Dieß nun vorausgesetzt, wie es die Natur der Sache schon mit sich bringt: so geht die Befugniß, welche der Beklagte mittelst einer Einrede anbringt, ent-

17) Man sehe indeß **Meurers** Sammlung juristischer Aufsätze I. Th. S. 29. f. und C. A. von **Braun** Abhandlung: **Ob es eine bloß eingebildete Billigkeit sei, wenn die Rechtsgelehrten nach zwei Jahren den Beklagten mit der Ausflucht des nicht bezahlten Geldes zulassen?** bei Siebenkees im juristischen Magazin 1. Theil. **Wehrn** von gerichtlichen Einreden §. 8. in not.

18) L. 51. D. de condict. indeb. L. 9. pr. D. *de Compens.* Mehrere Beispiele liefert Cuiacius Lib. XVIII. Obs. c. 10.

entweder zunächst dahin, daß er dasjenige Sich zueignen dürfe, was der Kläger von ihm fordert; oder daß der Kläger zuvörderst etwas zahlen oder leisten solle, was der Beklagte mit vollkommenem Rechte von ihm zu fordern hat. Im **ersten** Falle gilt die Regel: Possidentes exceptionem, non possidentes actionem habemus. L. 52. D. de adquirendo rer. domin.; im **zweiten** Falle aber heißt es: Quod contraria actione consequi quisque potest, id etiam directa actione conuentus, per exceptionem urgere potest. L. 18. §. fin. D. commodati. Wenn aber die gegenseitigen Forderungen in Ansehung der Personen oder Gegenstände nicht in dem vorausgesetzten Verhältnisse stehen; **wenn das Recht des Beklagten die Forderung des Klägers an sich nicht aufhebt oder mindert,** wenn es mit dem Gegenstande der Klage in keiner solchen Verbindung stehet, wie es das Retentionsrecht erfordert [19]): so ist auch die Rechtsverfolgung mittelst einer Einrede, **der Regel nach,** nicht nur unzulässig [20]); sondern auch der Beklagte, welcher ohne Beistand der Rechte dem Kläger das Seinige vorent-

19) G. L. Boehmer *de iure retentionis* §. 9. in *Elect. iur. ciu.* Tom. 2. p. 629 seq.

20) L. 5. D. *de dote praeleg.* L. 5. C. *in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrah.* L. 4. C. *commodati etc.* G. L. Boehmer. c. l. §. 13.

enthält, zur Vergütung alles daher entstandenen Schadens verbunden [21]). Eine Ausnahme von dem bisher Angeführten enthält 1) die Verordnung L. un. C. etiam ob chirographar. caus.; wornach der besitzende Pfandgläubiger auch wegen anderer Forderungen, wofür die Sache eigentlich nicht verpfändet ist, dennoch das Zurückbehaltungsrecht ausüben darf [22]). Auch kann bekanntlich 2) das Spolium einer jeden Klage, wenn es gleich mit dem Gegenstande derselben keinen Zusammenhang hat, gültig entgegengesetzt werden [23]).

2.

Ueber die Frage: Ob und in wie fern eine Handschrift, wogegen die Nichtigkeitsklage bereits angestellet ist, den Executivproceß begründen könne?

Eine Ehefrau hatte über den Empfang eines Darlehns eine Schuld = und Pfandverschreibung aus=

21) Mevius P. 2. Dec. 214. n. 4. Carpzov P. 1. Decis. 66. n. 2. Gail. Lib. 2. Obs. 12. n. 5. Boehmer c. l. §. 14.

22) Boehmer a. a. O. §. 12.

23) I. H. Boehmer I. E. P. Lib. 2. Tit. 13. §. 15. obgleich Mev. P. 4. Dec. 70. gewissermaßen das Gegentheil behauptet.

ausgestellt. Sie gab aber vor, daß nicht sie, sondern ihr Ehemann der eigentliche Schuldner sei, und trug daher, mittelst Anstellung der Nichtigkeitsklage darauf an, daß die gedachte Handschrift, sammt der darin enthaltenen Verpfändung, für ungültig erklärt werden möchte, indem die darunter verborgene Intercession für ihren Ehemann, den Rechten nach, nicht bestehen könnte. Der Beklagte widersprach dem erwähnten Vorgeben nicht nur, sondern stellte auch gegen die Klägerin aus mehrgedachter Urkunde die Widerklage an. Es ward erkannt, daß die Klägerin den angegebenen Grund ihrer Klage zu beweisen schuldig; die Widerklage hingegen bis zur geendigten Conventionssache auszusetzen sei. Der Beklagte ergriff dagegen ein Rechtsmittel, worauf die gerichtlichen Verhandlungen an die Facultät zu Kiel gelangten. Das vorige Erkenntniß ward bestätigt. Denn obgleich eine Frauensperson alle übrige Verträge, und Rechtsgeschäfte, wobei keine fremde Verbindlichkeit übernommen wird, gültig eingehen kann [1]; mithin auch aus dem Darlehne an sich eine vollgültige Klage ge-

gen

1) I. A. HELLFELD Commentatio *de intercessione mulierum et Senatusconsulto Velleiano; in opuscul. iur. ciu.* n. 14.

gen Frauenzimmer Statt findet [2]): so ist doch auch eben so gewiß, daß eine in der That geschehene Intercession der Ehefrau dadurch keinen rechtlichen Bestand gewinne, daß man sie zum Scheine in die äußere Form eines andern Handels eingekleidet hat [3]); folglich mußte auch die Klägerin zum Beweise

2) Car. Frid. WALCH *de femina mutuum contrahente beneficiorum muliebrium experte* Ienae. 1778.

3) Vorausgesetzt nämlich, daß mit Vorbewußt des Gläubigers dergleichen Simulation erweislich geschehen ist. Sonst heißt es freilich: Si mulier, tamquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura, non est locus Senatusconsulto; alioquin nemo cum feminis contrahet, *quia ignorari potest, quid acturae sint.* Immo tunc locus est Senatusconsulto, *quum scit creditor eam intercedere.* L. 11. 12. D. ad S. C. V. Ea enim, quae in fraudem Senatusconsulti excogitata probari possunt, rata haberi non oportere. L. 29. §. 1. D. ibid. Gewissermaßen könnte L. 13. C. cod. hier einige Bedenklichkeit verursachen. Si foenebris pecunia, iuxta fidem veri a creditore tibi data est, siue tota quantitas foenoris, siue pars eius in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adiuvaris; *licet creditor causam contractus non ignorauerit.* Nach der Meinung des **Hotmann** Lib. VI. Obs. c. 12. ist statt der Worte *licet creditor* etc. zu lesen: *nisi* creditor etc. **Gerhard Noodt**, welcher sonst das critische Messer so gern zur

weise dieses Vorgebens gelassen werden. Daß man aber die Widerklage einstweilen bis zur Entscheidung

der

zur Hand nimmt, findet es hier nicht nöthig; indem das Gesetz von einer eigentlichen Intercession für den Ehemann ausdrücklich nichts erwähnt, daher sagt er: Sed tu noli in dispari causa idem ius statuere; quae in hac lege occurrit species, magis continet liberalitatem marito ab uxore factam; dicitur enim, foenebris pecunia mulieri data in usum mariti *processisse:* non dicitur mulier, quum maritus eam pecuniam esset accepturus, *interuenisse*, ut sibi potius daretur foenori, atque ipsa deinde eam foenori daret marito. Igitur *obligauit se quidem* creditori mulier, at *pro marito* se non obligauit. *Comment. ad Pandect.* XVI. 1. p. m. 280. b. Diese Erklärung, womit auch Voet Comment. XVI. 1. 3. im Ganzen übereinstimmt, scheint der Sache angemessen zu sein. Da nun aber in zweifelhaften Fällen eine in fraudem legis geschehene Simulation nicht vermuthet wird; sondern eine rechtliche Handlung so lange für diejenige Art von Rechtsgeschäften gilt, welche die äußere Form mit sich bringt, bis das Gegentheil erwiesen ist, *Argum.* L. 14. §. 5. D. Qui et ex quib. caus. manum. **Von Tevenar Theorie der Beweise**, Seite 32. f. Hertius Vol. I. Resp. 38. n. 1. 2. 3. **Cramer Wetzlarsche Nebenstunden**, Th. 55. S. 32.: So versteht es sich auch von selbst, daß eine Frauensperson die unter andern Geschäften angeblich verborgen liegende Intercession gehörig beweisen

müsse

der Klage ausgesetzt hatte, war den Rechten und der Sache gemäß. An sich konnte zwar die Handschrift der Ehefrau allerdings den Executiv-Proceß begründen [4]); und obgleich Schilter demjenigen, der klare Hand und Siegel wider sich hat, die Cautel empfiehlt, seine illiquiden Einreden mittelst einer Klage anzubringen, und dadurch die Sache in den ordentlichen Proceß einzuleiten; so wird doch von andern mit Recht behauptet, daß dieser Kunstgriff dem Gläubiger, welcher einmal klare Urkunden vor sich hat, keinesweges zum Nachtheil gereichen, noch ihn behindern könne, in der Folge den Executiv-Proceß anzufangen [5]). Allein wenn der Gläubiger diesen

müsse. Davon ist auch der Fall nicht auszunehmen, wenn eine Ehefrau **nebst ihrem Ehemann** eine Schuldverschreibung ausstellt, worin beide sich als Schuldner bekennen. Hier soll zwar nach verschiedener Rechtslehrer Meinung die Vermuthung eintreten, daß der Ehemann der eigentliche Schuldner, die Frau aber nur als Bürgin beigetreten sei. **Struben rechtl. Bedenken** Th. 1. Nr. 76. Brockes select. Obs. Argum. 12. Hommel Rhaps. Quaest. Obseru. 545. Man sehe aber dagegen Walch in der angef. Dissert. §. 3. folg. I. H. Boehmer *de efficaci mul. intercess.* Cap. 3.

4) Walch l. c. §. 15. Berg. Elect. proc. execut. §. 17.

5) Schilter Prax. iur. rom. Exercit. 13. §. 19. wogegen Leyser Spec. 123. M. 6. Wernher P. I. Obs.

diesen Zweck erreichen will: so muß er auch eine solche Art der Rechtsverfolgung erwählen, wodurch seine Forderung von der Klagesache des Schuldners ganz getrennt wird, folglich mittelst einer besondern executivischen Klage seinen Anspruch vorbringen. Wenn er aber den Weg einer eigentlichen Widerklage erwählt; so ist es bekannten Rechtens, daß eine Reconvention, deren Grund von Entscheidung der Klage abhängt, so lange, bis diese ausgemacht worden, verschoben werden müsse [6]. Das war hier der Fall, weil der Beklagte aus eben den Urkunden, welche die Klägerin als nichtig angefochten hatte, eine **Widerklage** anstellte, mithin auch den Folgen sich unterwerfen mußte, welche den Gesetzen nach mit dem erwähnten Schritte verknüpft sind.

3.

Nachtrag zu der Lehre von Bürgschaften der Frauenspersonen, und der Einrede des Senatusconsulti Velleiani.

In eben der Rechtssache, wovon in der vorigen Betrachtung gehandelt worden ist, ward der klagenden

Obs. 146. BERGER E. P. exec. §. 46. SCHAUMBURG Princ. Prax. iud. Lib. 1. Sect. 2. Cap. 4. §. 1. n. 2. **Claproth** Summ. Proc. §. 159. nachzulesen sind.

6) L. 10. C. de iniur. Mev. P. 5. Dec. 191.

den Ehefrau entgegengesetzt, daß sie auf die weiblichen Gerechtsame in Ansehung der Bürgschaft doch nie würde Anspruch machen können, weil sie bei den schlechten Vermögensumständen ihres Ehemannes das Nachtheilige einer Intercession für denselben, und den damit verknüpften Verlust des Ihrigen, als gewiß vorausgesehen, folglich in der That donandi animo den Handel geschlossen hätte. **Schaumburg** sagt: non locum habet Senatusconsultum, si damnum certo praeuidet foemina, e. g. si donat etc. [1]). Dieser Einwand war nun freilich in der gedachten Angelegenheit an sich schon ganz unzulässig, weil ausdrückliche Gesetze selbst eine aus bloßer Freigebigkeit geschehene Intercession, so bald sie von einer **Ehefrau** zu Gunsten **ihres Mannes** unternommen wird, ganz unverbindlich erklärt haben [2]). Indessen darf ich doch bei dieser Gelegenheit anmerken, daß die Rechtsgelehrten in der Materie des Vellejanischen Rathschlusses manche Grundsätze aufgestellt haben, denen es an einer richtigen, und genauen Bestimmtheit gar sehr zu fehlen scheint.

Da-

1) Schaumburg adnot. ad Struuii iurisprud. forens. Lib. 3. Tit. 9. §. 3. n. c.

2) L. 5. §. 4. D. de Donat. inter vir. et uxor.: vir creditori *donationis causa* promiserit, et fideiussorem dederit, neque virum liberari, *neque mulierem obligari*, vel fideiussorem eius, Iulianus ait, perindeque haberi, ac si nihil promisisset.

Dahin gehört unter andern die erwähnte Lehre Schaumburgs, wovon in dieser Sache eine so üble Anwendung gemacht ward; und es steht überhaupt dahin, ob der Satz, daß eine Frauensperson Dasjenige, was sie aus bloßer Freigebigkeit unternommen hat, der Regel nach nicht anfechten könne, nach dem wahren Grunde der Römischen Legislation gehörig ins Licht gesetzt sei? In den Gesetzen heißt es: Amplissimus ordo opem tulit mulieribus *propter Sexus imbecillitatem;* ingleichen: *infirmitas* foeminarum auxilium meruit [3]. Darunter ist aber nicht sowohl Mangel des Verstandes, als vielmehr eine gewisse gutmüthige Neigung, sich Andern gefällig zu beweisen, eine natürliche Nachgiebigkeit, — *facilitas* — zu verstehen. Es hat daher Schilter, in jener ungünstigen Voraussetzung, sehr unrichtig behauptet, daß die Bürgschaft der Frauenspersonen, selbst nach dem Naturrechte nicht einmal bestehen könnte [4]. Wäre das der Grund der bürgerlichen Gesetze: so würde nicht abzusehen sein, warum Frauenzimmer alle andern Rechtsgeschäfte und Verträge, welche nicht weniger Sorgfalt und Ueberlegung erfordern, als die Bürgschaft,

 den=

3) L. 2. §. 2. 3. D. ad S. C. V.

4) Schilter Prax. iur. rom. Exerc. 28. §. 1. Man sehe dagegen Hellfeld de intercessione mulierum §. 23.

dennoch gültig eingehen können. Vielmehr haben die Gesetze, wie aus allen ihren Vorschriften deutlich hervorleuchtet, die Sache von der Seite betrachtet, daß das Frauenzimmer aus Güte des Herzens, und im Vertrauen auf die Redlichkeit des Hauptschuldners, sich zu leicht werde bewegen lassen, eine Intercession zu übernehmen, wobei nur die gute Absicht obwaltet, durch ein gegebenes Wort Jemand zu dienen, übrigens aber kein wirklicher Schade befürchtet wird. Der Vellejanische Rathschluß soll also nur das Frauenzimmer in den Fällen schützen, wo sie eine fremde Verbindlichkeit übernahmen, und sich aus bloßer Gefälligkeit [5]) der Gefahr unterzogen, etwas zu bezahlen, welches zu verlieren, sie weder die Absicht, noch anderswoher eine Verbindlichkeit auf sich hatten. So oft daher von Rechtsgeschäften der Frauenspersonen die Rede ist, wobei sie entweder gar keine fremde Verbindlichkeit übernommen, oder wobei sie doch eine **wirkliche Aufopferung des Ihrigen** bewilligt haben: so oft kann die Verordnung des Vellejanischen Rathschlusses ihnen nicht zu

5) Hieraus ist es auch am besten zu erklären, warum die Frauenspersonen, welche etwas dafür erhalten haben, daß sie eine fremde Verbindlichkeit übernehmen möchten, der weiblichen Rechtswohlthat sich nicht bedienen können; obgleich das Empfangene gar nicht so viel beträgt, als die Summe der übernommenen Schuld. L. 23. C. ad S. C. V.

zu Statten kommen. Die Gesetze sagen: Facilius se mulier *obligat*, quam alicui *donat*[6]; worüber der berühmte **Gerhard Noodt**[7]) eine Erläuterung giebt, welche das bisher Gesagte noch mehr bestätigen wird: Nimirum in donatione est praesens periculum, et utens statim; id ut sentiunt mulieres, ita ultro sibi cauent, ne temere iactent suum; *ad praesentia satis prudentes*; bene igitur Senatus ei occurrit parti, quae propter mulierum imbecillitatem auxilio potissimum indigebat. At ubi natura illis sufficiebat, *et tenacitas sexus*[8]); quid erat opus Senatus prouidentia; solitis legislatoribus, ius ad ea potius aptare, quae et frequenter, et facile, quam quae perraro eueniunt. Die Rechtsgelehrten pflegen aber in diesem Betrachte gemeiniglich bei den Fällen stehen zu bleiben, wenn eine Frauensperson aus bloßer Freigebigkeit von dem Ihrigen

6) L. 4. §. 1. D. ad S. C. V.

7) *Gerhard* Noodt Comm. ad Pand. XVI. 1. p. 280. b.

8) Sexus enim muliebris natura auarus est; ex quo et raro donare, et si quando donet, contra naturam sui generis facere dicitur in L. 33. §. 1. D. de donat. inter vir. et uxor. Unde non ita facile ad donandum inducetur, sed bene ad intercedendum, *ubi spes esse potest principalem debitorem fidem suam exsoluturum esse. Franzk.* Comment. XVI. 1. 18.

rigen schon etwas **weggegeben**, für einen andern **bezahlt**, oder **Pfänder zurückgegeben** hat. Hierauf führt auch der oben angeführte **Schaumburg** die Sache zurück. Billig sollte man dieß aber noch etwas genauer und richtiger dahin bestimmen, daß auch diejenigen, welche wirklich eine **fremde Verbindlichkeit auf sich genommen haben**, dennoch der weiblichen Rechtswohlthat sich nicht bedienen können, wenn ihre Intercession selbst donandi animo geschehen sein sollte. So zum Beispiel schließt die sogenannte Expromission an sich freilich den Gebrauch des Vellejanischen Rathschlusses nicht aus [9]); weil die Absicht derselben zwar dahin geht, den Hauptschuldner von den Ansprüchen **des Gläubigers** völlig zu befreien, nicht aber auch zugleich dahin, daß er die Expromittentin künftig nicht entschädigen solle. Dieß macht also den Grund des Vellejanischen Rathschlusses noch fortdauernd. Derselbe fällt aber weg; wenn die Expromission wirklich in der Absicht geschiehet, daß die Expromittentin die bisherige Schuld aus dem Ihrigen unentgeldlich, und ohne deshalb eine Entschädigung zu erwarten, bezahlen wolle; mithin findet alsdann auch die Verordnung selbst keine Anwendung [10]); es wäre denn, wie

9) L. 8. §. 8. D. ad S. C. V.

10) Die Gesetze wollen der infirmitati sexus zu Hülfe kommen, wenn sich eine Frauensperson der Gefahr aus-

wie bereits oben erwähnt ist, daß dergleichen Freigebigkeit aus einem andern Grunde, z. B. unter Eheleuten, nicht bestehen könnte. Uebrigens aber versteht es sich von selbst, daß eine solche Absicht bei der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten in zweifelhaften Fällen nicht vermuthet wird, sondern einen bündigen Beweis erfordert. Dieser sollte in dem obgedachten Rechtsfalle schon daher genommen werden, weil die Klägerin die schlechten Vermögensumstände des angeblichen Hauptschuldners gekannt hätte. Allein daraus folgte noch nicht, daß sie den völligen Verlust des Ihrigen als ganz gewiß, und unvermeidlich vorausgesehen, und in diesem Bewußtsein, auch mit dem Willen, ihrem Manne solches zu schenken, die Verbindlichkeit übernommen habe. Vielmehr kam ihr die weibliche Rechtswohl-

that

aussetzt, das Ihrige gegen ihre Absicht zu verlieren. L. 1. §. 1. D. ad S. C. V. in den Worten: *periculum* rei familiaris etc. Wenn sie also bei Uebernehmung fremder Verbindlichkeiten nicht sowohl **Gefahr** läuft, als vielmehr wirklich die Absicht hat, das Ihrige einzubüßen; so kann sie auf den Beistand der Gesetze keinen Anspruch machen. Mulier enim per Senatusconsultum releuatur, non quae demi-nuit restituitur L. 8. §. 5. D. ibid. vielmehr findet alsdann die in L. 4. §. 1. L. 5. L. 8. §. 5. und L. 21. §. 1. ibid. enthaltene Vorschrift ihre völlige Anwendung.

that um so mehr zu Statten, da der Ausgang zeigte, daß sie sich, aus Liebe und Zuneigung für ihren Ehemann, in ein Geschäft eingelassen hatte, welches ihr bei dem Verfalle seines Vermögens so gefährlich und nachtheilig war.

4.

Von der prouocatione ex L. Diffamari, und ob solche auf die Erben übergehe.

Dieses Rechtsmittel, so wie es einmal in den Gerichten üblich ist, kann nicht immer als eine **Aufforderung zur Klage** betrachtet werden. Dieß trifft nur in dem Falle zu, wenn die Nachrede darin besteht, daß ein Anderer sich gewisser Ansprüche an uns berühmt hat, und wir ihn also auffordern, solche klagend anzubringen. Man läßt aber auch bekanntlich in andern Fällen die Provocation bloß zu dem Ende zu, daß dem Gegner auferlegt werde, seine Nachreden gehörig zu **beweisen**; Si nempe alicuius fama, vel existimatio traducta est, et diffamatio in *mera calumnia* consistit, *non vero in iure quodam,* quod diffamator sibi deberi adstruit[1]). Hiernächst soll es

1) Martini Comment. forens. Tit. 1. §. 5. n. 74. Richter P. 2. Decis. 100. n. 108.

es nach der Meinung verschiedener Rechtslehrer [2]) keinen hinreichenden Grund abgeben, uns des erwähnten Rechtsmittels zu bedienen, wenn ein Anderer in **Privat-Briefen** an uns sich gewisse Aeußerungen zu unserm Nachtheil erlaubt hätte, ohne solche eben öffentlich ruchtbar zu machen, oder **unter die Leute zu bringen**, weil eine Diffamation nach dem allgemeinen Sprachgebrauche nur sodann vorhanden ist, wenn zum Nachtheil eines Andern etwas **ausgesprengt** wird, womit auch die bekannte L. 5. C. de ingen. manum. übereinstimmt. Hingegen **Leyser** hat angemerkt, daß der Gerichtsgebrauch sich vorlängst schon über den eigentlichen Sinn des Ausdrucks: *Diffamatio*, so wie überhaupt über die angezogene Stelle des Römischen Rechts hinweggesetzt, und dagegen die Regel angenommen habe, daß, wenn die einem Andern zum Nachtheil gereichende Aeußerung sonst nur gehörig bescheinigt würde, es darauf nicht weiter ankomme, ob solche Nachrede öffentlich ausgebracht sei oder nicht [3]). Eine streitige Frage ist es aber, **ob und**

in

2) Fratr. Becmannor. Cons. et Decis. P. I. Argum. 38. n. 6. 7. 8. **Schmidt** von gerichtlichen Klagen u. Einred. §. 272.

3) Quod porro obiicitur, ad diffamationem requiri *publicationem* aliquam, nec priuatam interpellationem et *litteras familiares* sufficere, fatemur lubenter,

in wiefern dieses **Rechtsmittel** auf die Erben übergehe? Man hat die Grundsätze, welche in dieser Hinsicht von der Injurienklage gelten, auch hier angewandt, und diesen zu Folge behauptet, daß die prouocatio ex lege Diffamari weder den Erben zuständig sei, noch wider die Erben Statt finde, wofern nicht mit dem Verstorbenen die Einlassung bereits geschehen wäre [4]). Dagegen erinnert **Schmidt** [5]), daß nicht jede Diffamation in einer Injurie bestehe, folglich die Frage mit dem Unterschiede zu beantworten sei, ob die Nachrede eine eigentliche Injurie ausmache, oder nicht? Im ersten Falle stimmt er der angeführten Meinung bei, in dem **andern** hingegen läßt er den Uebergang der Klage auf die Erben, und wider dieselben zu. Noch ande-

ter, conuenire hoc significationi propriae vocis *diffamare;* At usus iam diu haec immutauit, testanturque doctores tantum non omnes, in hoc processu pro diffamante haberi, qui ius sibi aliquod contra alterum adserit, *seu publice hoc, seu privatim fiat.* Omnis inquietatio diffamatio est; et quoties alicuius interest, defendi famam, bona, possessiones, toties remedium ex L. Diffamari obtinet, ideo comparatum, ut talia seruentur ob omni inquietatione secura. Leyser Spec. 81. M. 2.

4) Textor *ad Rec. Imp. nov.* Disp. V. th. XI. Martini Comment. forens. Tit. 1. §. 5. n. 85.

5) **Lehrb.** §. 272, und 73. not. a.

anderer Meinung ist **Berger** [6]), welcher dafür hält, daß diese Provocation eigentlich einen sogenannten Quasicontract zum Grunde habe, folglich ohne weitern Unterschied actiue und passiue auf die Erben übergehe. Nach der Lehre des **Claproth** [7]) sind die Erben des **Diffamaten** allemal berechtigt, diese Provocation anzustellen, hingegen die Erben des Diffamanten können nicht belangt werden, wenn sie die üble Nachrede nicht auch ihrer Seits fortgesetzt haben. Auf die sonderbare Behauptung, worin **Berger** seine Meinung gründet, darf ich mich wohl nicht weiter einlassen. Es gehört eine eigne Disposition zum Fingiren dazu, um dieses Rechtsmittel aus einem Quasicontract herzuleiten. **Claproth** hat nach meiner Ueberzeugung im Ganzen die Frage am richtigsten bestimmt, jedoch weder um eine Widerlegung der beiden erstgedachten Lehren sich bekümmert, noch die Seinige mit Gründen unterstützt. Dieß mag also die folgende nähere Betrachtung rechtfertigen. Man ist überhaupt noch nicht darüber einverstanden, ob die prouocatio ex L. Diffamari in solchen Fällen Statt finde, wo die Nachrede oder Anmaßung in einer eigentlichen Injurie bestehet. Verschiedene Rechtslehrer leugnen es, und wollen, daß der Beleidigte sofort zur Injurienklage schreiten

6) *Elect. Proc. prouoc.* §. 44.

7) **Einl. in d. Summarisch. Proc.** §. 272.

ten müsse [8]). Dieß vorausgesetzt, könnte man die Distinction, welche **Schmidt** am gedachten Orte vorträgt, sicher gelten lassen; oder eigentlich könnte alsdann kaum die Frage entstehen, ob, in Fällen wirklicher Injurien, diese Provocation auf die Erben übergehe? weil sie ja selbst gegen den Erblasser nicht würde Statt gefunden haben. Man kann aber den gedachten Rechtslehrern, denen auch der Gerichtsgebrauch sehr zuwider ist [9]), nicht füglich beipflichten. Nur versteht es sich von selbst, daß die Injurie von der Art sein müsse, daß dem Beleidigten vernünftiger Weise daran gelegen sein könne, es öffentlich ans Licht zu bringen, daß der Gegner seine Behauptung nicht wahr zu machen im Stande gewesen sei. Zu diesem Zwecke ist die mehrgedachte Aufforderung das natürlichste Mittel, und im Ganzen auch weit schicklicher, als die eigentliche Injurienklage, bei welcher die Wahrheit oder Unwahrheit des Gesagten nicht immer in Betrachtung kommt. Wenn daher bestimmte Gesetze keine Einschränkung machen: so ist nichts billiger, als daß dem Beleidigten das gedachte Rechtsmittel gestattet werde. Der Einwurf,

8) Berger a. a. O. §. 12. Schaumburg princip. prax. Lib. 2. c. 6. §. 4. n. 6. Claproth a. a. O. §. 274.

9) Mevius P. 1. Dec. 144. Carpzov Prax. crim. P. 2. Qu. 97. n. 68. Man sehe auch: Ueber Injurien und Schmähschriften II. 95 ꝛc.

wurf, daß solchergestalt, wenn er in der Folge die Injurienklage gleichfalls erheben würde, aus Einer Angelegenheit ohne Noth ein gedoppelter Rechtsstreit veranlaßt werde, ist nicht erheblich. Denn es verdient den Vorwurf einer unrechtmäßigen Vermehrung gerichtlicher Händel nicht, wenn der Beleidigte sich vorläufig eines präparatorischen Rechtsmittels bedient, um erstlich seinen guten Namen dadurch aufrecht zu erhalten, daß er seinen Gegner zum Beweise der nachtheiligen Aeußerung auffordert; und zweitens, um sich den Weg zu seiner künftigen Genugthuung desto leichter zu bahnen. Dieser zweite Endzweck kann nun freilich bei den Erben des Diffamaten in sofern nicht Statt finden, als sie selbst zur Anstellung der Injurienklage nicht befugt sind. Damit ist aber auch nicht zugleich der erste Zweck in Ansehung dieser Erben ganz unstatthaft. Vielmehr ist in jenem Betrachte die prouocatio ex L. Diffamari, sie mag wegen wirklicher Injurien, oder wegen anderer Nachreden angestellt werden, doch nie als eine solche Klage, die bloß auf Rache abzielt, zu betrachten, weil ihre eigentliche Absicht nur ist, unsere Gerechtsame gegen unrechtfertige Anmaßungen zu sichern, und den guten Namen gegen üble Nachreden vor den Augen des Publici zu rechtfertigen. Dessen

nun nicht zu gedenken, daß der Erbe, welcher in die Rechte und Verbindlichkeiten des Verstorbenen eintritt, vielfältig selbst für seine Person ein starkes Interesse bei der Sache haben kann, weshalb es ihm nicht gleichgültig sein darf, die Nachrede auf ihren Werth oder Unwerth beruhen zu lassen: so ist er doch wenigstens so viel immer dem Andenken seines Erblassers schuldig, daß er den guten Ruf desselben möglichst ungekränkt zu erhalten suche; mithin muß er auch berechtigt sein, diejenigen, welche dem Verstorbenen etwas Nachtheiliges nachgeredet haben, gerichtlich aufzufordern, daß sie ihre Behauptungen rechtlich erweisen sollen. So weit von den Erben des Diffamaten. Was aber hiernächst die Erben des Diffamanten anbetrift: so rechtfertigt sich in deren Hinsicht die obige Meinung Claproths von selbst; weil der Erbe aus den unerlaubten Handlungen des Verstorbenen eigentlich nur wegen des Schadens, den der Letztere wirklich angerichtet hat, belangt werden kann. Darauf geht aber dieses Rechtsmittel nicht, sondern der Zweck desselben ist nur, daß der Provocat seine Nachrede beweisen, oder gewärtigen sollte, daß ihm das Stillschweigen auferlegt werde. Wenn also der Erbe an der unerlaubten Nachrede weiter keinen Antheil nimmt: so dauert auch gegen ihn der Grund der Verbindlichkeit, welche aus der Diffamation entsteht, nicht mehr fort.

Ist

Ist indessen die Sache bei Lebzeiten seines Erblassers schon anhängig gemacht worden: so versteht es sich von selbst, daß der Erbe die Proceßkosten bezahlen müsse, falls er die Wahrheit der Nachrede nicht beweisen will.

5.

1) Ueber die Richtigkeit einer abgetretenen Schuldforderung, und die Regreßklage gegen den Cedenten.
2) Ueber die Einrede der nicht gehörig geschehenen Litis-Denunciation; und die Replik, daß die Vertretung von Seiten des Cedenten nichts würde geholfen haben.
3) Von der Entschädigung, welche derjenige, der eine unrichtige Forderung abgetreten hat, dem Andern leisten muß, und ob solche nach den Grundsätzen von der eigentlichen Evictionsleistung zu beurtheilen sei.

Die Abtretung einer Forderung, wenn sie nicht aus bloßer Freigebigkeit geschiehet, macht den Cedenten der Regel nach verbindlich, daß er für die

Wahrheit und Richtigkeit des Anspruchs, welchen er einem Andern überlassen hat, einstehen müsse. Für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners braucht er nicht zu haften. „Die Ursache ist," sagt ein berühmter Schriftsteller, „weil sich die Umstände des „Schuldners nach der Cession verschlimmern können; „es ist unbillig, daß dafür der Cedent haften soll, „da es ein Unglücksfall ist, der sich ereignet, nach„dem er nichts mehr mit der Schuld zu thun gehabt „hat. Es ist aber schwer auszumachen, ob die „schlechten Umstände zur Zeit der Cession schon vor„handen waren. Man kann auch, gesetzt die Um„stände waren zur Zeit der Cession nicht die besten, „nicht schlechthin sagen, daß er unfähig zu zahlen ge„wesen sei. Er konnte damals Credit finden, den „Cessionarius zu befriedigen. Seine Sachen konn„ten um einen Preis weggehen, daß der Cessiona„rius nichts einbüßte. Seine Umstände konnten „sich nach der Cession eben so leicht verbessern, als „verschlimmern. Ein Cessionarius läßt sich also „bei einer Cession über den Vermögenszustand „auf einen Glücksfall ein." [1]) — Ich zweifle aber sehr, ob diese Darstellung den eigentlichen Grund der obigen gesetzlichen Wahrheit richtig getroffen

1) E. C. Westphal, Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf - Contract u. s. w. Leipzig 1789. §. 832.

troffen habe; ob sie nicht vielmehr höchstens nur dazu diene, um dasjenige, was die **Rechte** hier mit sich bringen, auch von der Seite der **Billigkeit** zu rechtfertigen; und ob sie nicht wohl gar zu der irrigen Vorstellung führe, daß eigentlich der Cedent auch für die Güte der Schuld, und für das Zahlungsvermögen des Schuldners haften müßte, daß aber alle Thatumstände, welche dabei in Betrachtung kommen, sich nur nicht gehörig ausmachen ließen, und eben darum ein Anders in den Gesetzen zur Regel gemacht sei. Sonst habe ich immer geglaubt, daß man den Grund kürzer so angeben könne: Der Verkäufer ist nur schuldig zu leisten, was er wirklich verkauft hat. Das ist hier nichts anders, als das Recht, oder die Forderung selbst. Diese erhält auch der Käufer immer, so bald die Schuld nur **wahr** ist. Das **Unvermögen** des Schuldners **hebt das Recht** an sich nicht auf; und kann dem Cedenten nicht zur Last fallen, wenn er sich deshalb nicht ausdrücklich verbindlich gemacht, oder betrüglich gehandelt hat[2]). Zu der Richtigkeit und Wahrheit der Schuldforderung, wofür der Cedent

 haften

2) I. F. Wordenhoff, *de cedente ad nominis bonitatem non obligato.* Trai. ad Rhen. 1751. in Oelrichs *Thesauro nouo Dissert. Belgic.* Vol. I. I. C. Schmidt, *de obligatione cedentis ad verum, non bonum nomen praestandum.* Giessae 1699.

haften muß, gehört aber, erstlich, daß das Recht des Cedenten an sich gegründet, und klagbar sein müsse; zweitens, daß neben der Hauptverbindlichkeit des Schuldners auch Alles dasjenige wahr und gegründet sei, was der Cedent an accessorischen Rechten und Vorzüglichkeiten versprochen hat. Dagegen besteht die Güte der Forderung in dem hinlänglichen Vermögenszustande des Schuldners, und wenn er dem Gläubiger nach Vorschrift der Gesetze gerecht werden kann [3]). Folgender Rechtsfall hat zu der gegenwärtigen Betrachtung Gelegenheit gegeben. Der vormalige Kloster-Hauptmann **Johann Dietrich von der Osten** auf Carstorf in Mecklenburg, erborgte im Jahre 1760 von **Joch. Joh. Heinr. von Müller** auf Detershagen, 1000 Reichsthaler unter dem Vorwande, daß damit eine gleiche Summe getilgt werden sollte, welche der Bruder des Erstern, Kammerherr **Julius Levin von der Osten** zu Stuttgard, laut einer angeblichen Pfandverschreibung des Kloster-Hauptmanns aus dem Jahre 1735, an rückständigen Erbgeldern zins-

3) Voet ad Pand. XVIII. 4. 12. Faber Cod. IV. 29. 30. **J. G. A. Weber**, Bemerkungen über die Fälle, wo der Cedent einer Schuldforderung nicht nur für die Wahrheit, sondern auch für die Güte derselben haften muß. Halle 1789. Diese Abhandlung findet sich auch bei Hagemann und Günther, Archiv für die Rechtsgelahrtheit V. 1.

zinsbar in dem Gute Carstorf stehen hätte. Der Kloster-Hauptmann lieferte auch beim Empfang der Anleihe dem **von Müller** eine Cessionsurkunde aus, welche mit dem Namen des Kammerherrn **von der Osten** unterzeichnet war, und worin der Letztere über den Empfang des rückständigen Capitals quittirte, dagegen aber seine gesammten Rechte wegen rückständiger Erbgelder an den **von Müller** abtrat. Zu dem Ende war auch dieser Cessionsurkunde die Schuld- und Pfandverschreibung des Kloster-Hauptmanns **von der Osten**, wegen solcher rückständigen Erbgelder aus dem Jahre 1735, gleichfalls beigefügt. Hierauf stellte dieser Schuldner noch eine besondere Handschrift des Inhalts an den **von Müller** aus, daß er Diesen nunmehr, ohne Novation, als seinen wahren Gläubiger, in Ansehung des mehrgedachten brüderlichen Capitals anerkannt haben wolle. Im Jahr 1764 trat der **von Müller** sein ganzes Recht aus dem bisher gedachten Handel an den Pachter **Berling** ab, welchem auch gegen Ausbezahlung der Summe von 1000 Rthlr. die vorhin gedachte Urkunde eingehändigt wurde. Bald darauf entstand über das Vermögen des Kloster-Hauptmanns **von der Osten** ein förmlicher Concurs. Hier ward hinlänglich erwiesen, daß der gemeine Schuldner die mehrgedachte Forderung seines Bruders, wegen rückständi-

ger Erbgelder, durchaus erdichtet, und in dessen Namen die erste Cessions-Urkunde fälschlich geschmiedet habe, um nur den **von Müller** zur Anleihe eines Capitals zu verleiten. Die vorzügliche Eigenschaft einer Pfandschuld aus dem Jahre 1735, bei welcher der Pachter **Berling** nach der Lage der Sache völlig sicher gewesen sein würde, fiel daher hinweg; und es konnte im Concurs nur die eigentliche Schuld des Kloster-Hauptmanns vom Jahr 1760 zur Betrachtung kommen. Diese Aussicht war nicht sehr günstig. Der Pachter **Berling**, oder vielmehr dessen Erben, belangten daher den **von Müller** wegen Unrichtigkeit der abgetretenen Schuldpost, und forderten die dafür bezahlten 1000 Reichsthaler zurück. Der Beklagte schützte dagegen vor: I. daß er allerdings eine wahre Schuld an den Erblasser der Kläger überlassen habe, indem er ja von dem Kloster-Hauptmann **von der Osten** die gedachte Summe wirklich zu fordern gehabt hätte. Ob aber der gemeine Schuldner die erhaltene Anleihe wirklich zur Bezahlung rückständiger Erbgelder angewandt, und dadurch dem aufgeborgten Capitale eine Vorzüglichkeit verschaft hätte? ingleichen, ob dieses Capital im Concurs zur Hebung gelangen könne, oder nicht? Alles dieses gehöre nicht zur **Wahrheit**, sondern zur **Güte** der abgetretenen Schuld, mithin nicht zur Verantwortung des Cedenten. — Dieser Einwand

wand war sehr ungerecht. Denn selbst die brüderliche Forderung rückständiger Erbgelder vom Jahr 1735 machte eigentlich den Gegenstand aus, worüber die Parteien gehandelt hatten. Es genügte daher nicht, daß der Kloster-Hauptmann ein wirklicher Schuldner des Cedenten war, sondern der Letztere mußte ihn auch, in Ansehung der eigentlich abgetretenen brüderlichen Forderung, als seinen Schuldner gewähren. Wenn die Gesetze verordnen, daß der Cedent für die Richtigkeit und Wahrheit der Schuld einstehen solle: so wird auch erfordert, daß die Schuld in Ansehung des Alters, der Pfänder und Bürgen, so beschaffen sei, wie sie abgetreten worden ist [4]. Die Einrede, daß er für die Zahlungsfähigkeit, und guten Vermögensumstände des Schuldners nicht haften dürfe, kommt dem Cedenten dann erst zu Statten, wenn das abgetretene Recht in seinem ganzen Umfange an sich gegründet

4) *Argum.* L. 23. pr. D. de Hered. vel act. vend.; *Venditor actionis, quam aduersus principalem reum habet, omne ius, quod ex ea causa ei competit, tam aduersus ipsum reum, quam aduersus intercessores huius debiti, cedere debet.* Natürlich muß er also für diejenigen Eigenschaften der Forderung haften, welche bei dem Verkaufe mit ausbedungen sind.

ist [5]). — Von dem Beklagten ward ferner eingewandt: II. daß der Kläger und dessen Erben den Hauptstreit wegen der Unrichtigkeit des brüderlichen Capitals und dessen Cession, zu einseitig betrieben, auch die gehörige Aufforderung des Beklagten zur rechtlichen Vertretung vernachlässigt hätten. Der Beklagte konnte gleichwohl selbst gegen den geführten Beweis der Verfälschung mit Grunde nichts erinnern. Die Replik der Kläger, daß der Beistand des Beklagten hier ganz vergeblich gewesen sein würde, war daher nach Recht und Billigkeit hinlänglich, jene Ausflucht unwirksam zu machen. Die bewährtesten Rechtslehrer [6]) sind einstimmig dafür, daß die nicht geschehene Litis-Denunciation, oder

5) *Qui nomen, quale fuit, vendidit, duntaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur* L. 74. §. 3. D. de Euictionib. —— *Periculum pignorum nominis venditi ad emtorem pertinet, si tamen probetur* eas res obligatas fuisse. L. 30. D. de pignorib. **Westphal**, vom Pfandrechte §. 30. MEVIUS P. 2. Decis. 184. BRUNNEMANN *de Cessione action.* Cap. 5. n. 60.

6) LEYSER *Spec.* 241. *Med.* 7. VOET *Comment. ad Pand. Tit. de Euictionib.* §. 22. WISSENBACH Exercit. ad Pand. 41. §. 19. PUFENDORF Tom. 2. Obs. 35. §. 15. CANNGIESSER Collect. Decis. Tom. I. p. 378. **Westphal**, vom Kauf rc. §. 301. und 382.

oder die unterlassene Einwendung eines Rechtsmittels, die Regreßklage nicht ausschließen, wenn aus den Acten offenbar erhellet, daß die Sache doch keinen andern Ausgang hätte gewinnen können. Doch hat dieser Grundsatz neuerer Zeit einen Gegner gefunden, von dessen Scharfsinn unsere Litteratur schon mehrere Proben hat. „A denunciandi necessitate exceptio-„nem tradunt, *nisi notorie constet de iustitia euincentis, et adpareat, vel emtor probare velit* „*venditorem nullum ius habuisse, quo rem ven-„ditam defendere potuisset.* Sed ut taceamus ex-„ceptionem hanc 1) *esse legibus incognitam*; ra-„tioni iuris repugnat, tum quod 2) *emtor id plene* „*probare nequeat*, atque 3) *exceptio de iure tertii* „*esset*, tum quia 4) *reuera renunciationem re-„gressus aduersus venditorem haec omissio ob-„ligationis continet.* Quodsi enim id, ad quod ob-„ligatus est, non facit, tacite renunciat, in quo solum „fundamentum tacite renunciationis versatur“ [7]). Allein, wenn auch 1) die Gesetze selbst über diesen Punkt nichts ausdrücklich bestimmt hätten: so liegt doch jene Ausnahme schon in der Natur der Sache, weil in solchen Fällen durch die unterlassene Aufforderung zur Vertretung :c. :c. keine bessere Vertheidigung der Sache

7) *Lud. Godofr.* MADIHN adnot. ad Mencken. doctrin. de act. n. 603, ingleichen in Princip. iur. rom P. 2. §. 179.

Sache hintertrieben ist, folglich auch der Verkäufer nicht behaupten kann, daß ihm dadurch irgend ein Nachtheil zuwege gebracht sei. Es fehlt aber auch nicht an Gesetzen, wodurch die Meinung, welche **Madihn** zu widerlegen sucht, ein starkes Gewicht erhält. In L. 53. §. 1. D. de Euictionib. heißt es: Si, quum possit emtor auctori denunciare, non denunciasset, idemque victus fuisset, *quoniam parum instructus esset*, (dieser Grund fällt aber in dem vorausgesetzten Falle hinweg) hoc ipso videtur dolo fecisse, et ex stipulatu agere non potest. Eine andere Stelle lautet sogar dahin: Emtorem (serui) noxali iudicio condemnatum, ex emto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit. *Et siue defendat* noxali iudicio, *siue non; quia manifestum fuit noxium seruum fuisse, nihilominus vel ex stipulatu, vel ex emto agere posse*, L. 11. §. 12. D. de act. emt. [8]). Daß 2) der Beweis

8) Der Ausdruck: *quanti minimo defungi potuit*, in diesem Gesetze, zielet dahin, daß es dem Verkäufer nicht aufgebürdet werden solle, wenn der Käufer, da ihm als Beklagten in noxali iudicio die Wahl zustand, nicht denjenigen Weg ergriffen haben sollte, auf welchem er am leichtesten der Klage abhelfen konnte; z. B. wenn er den Knecht selbst abgetreten hätte, da doch der Schade, weshalb geklagt worden war, weniger, als den Werth des Knechts betrug; oder

weis einer ganz überflüssigen Denunciation an sich unmöglich sei, läßt sich wohl nicht behaupten. Schon der Rechtsfall, womit wir uns bisher beschäftigt haben, zeigte das Gegentheil. Die Gläubiger, welche die angebliche Cession einer brüderlichen Forderung vom Jahr 1735 anfochten, hatten diese Unrichtigkeit durch das eigne Geständniß des gemeinen Schuldners, daß er dies Falsum begangen habe, und durch die eidliche Aussage des Kammerherrn v. d. O., daß er dergleichen Forderung weder gehabt, noch cedirt habe, so klar bewiesen, daß der Beklagte nichts dagegen einzuwenden vermochte. Der Regel nach kann zwar 3) Niemand aus den Rechten eines Dritten, die ihn nicht angehen, oder nicht rechtmäßig auf ihn gebracht sind, einen Einwand für sich hernehmen. Wenn aber von dem Rechte eines Dritten meine eigne Befugniß wirklich abhängt; so fällt der Begriff einer exceptionis de iure tertii hinweg; und das dünkt mich, ist hier der Fall.

oder umgekehrt, wenn er die Summe des Schadens, welche den Werth des Knechts überstieg, baar bezahlt, und nicht lieber den Knecht hingegeben hätte. Ganz deutlich scheint **Westphal** in der Lehre vom Kauf ꝛc. §. 382. die Sache nicht ausgedrückt zu haben. Die Basiliken haben übrigens die Stelle sehr schlecht dahin übersetzt: Qui noxali iudicio venditi serui condemnatus est emtor, non plus consequitur, *quam quantum praestitit.*

Fall. Endlich 4) folgt aus der Unterlassung einer Handlung, wozu man verbunden ist, weiter nichts, als a) die Verbindlichkeit, den Schaden zu vergüten, oder selbst zu büßen, welchen diese Nichterfüllung angerichtet hat. Unter den Umständen aber, wovon hier die Rede ist, hat die unterbliebene Denunciation an sich keinen nachtheiligen Erfolg verursacht. Hiernächst kann man b) nur solche Rechte, welche einzig und allein von der pünktlichen Erfüllung einer gewissen Verbindlichkeit abhängen, durch die unterlassene Leistung des Schuldigen einbüßen. Davon läßt sich aber hier keine Anwendung machen. Vielmehr müßte, um die petitionem principii zu vermeiden, erst ausgemacht sein, daß die Zulässigkeit der Regreßklage lediglich und in jedem Falle von der geschehenen Litis = Denunciation abhänge, welches ich um so weniger zugeben kann, da die Aufforderung zur Vertretung eigentlich nur die Absicht hat, damit in der Vertheidigung der Sache gegen die Ansprüche eines Dritten Nichts versäumt werde. —

III. Ein anderer Einwurf, dessen sich der Beklagte vorzüglich bediente, bestand darin, daß das Begehren einer Gewährleistung allemal voraussetze, daß die verkaufte Sache wirklich schon durch Urtheil und Recht evincirt sei. Daß dieses aber im gegenwärtigen Falle zutreffe, wollte der Beklagte um so weni-

weniger einräumen, weil die ganze Schuldsache in der Folge gerichtlich dahin regulirt war, daß aus den Aufkünften der Concursmasse zuerst die Capitalien, nach Ordnung des Prioritäturtheils, und sodann auch eben so die Zinsen abgetragen, wirklich aber alle Gläubiger, wiewohl nach und nach, befriedigt werden sollten. Es war daher nichts weniger, als ausgemacht, daß die cedirte Forderung, auch nur **als eine dem gemeinen Schuldner im Jahre 1760 geschehene Anleihe betrachtet**, ganz leer ausgehen würde. Allein auch diese Ausflucht war nicht hinreichend, um die Kläger zu nöthigen, das Ende des Concurses abzuwarten. Indeß dürfte bei dieser Gelegenheit folgende Bemerkung nicht undienlich sein. Gemeiniglich wird die Verbindlichkeit eines Cedenten in dem Falle, **wenn die Wahrheit der abgetretenen Forderung wegfällt**, nach den Grundsätzen von der eigentlichen Evictionsleistung behandelt [9]. Genau betrachtet, ist aber der eigentliche Begriff der Eviction, und Evictionsleistung, da er eine durch richterlichen Ausspruch verlorne, übrigens aber **wirklich** vorhan-

9) Voet *Comm. ad Pand.* Tit. de Euict. §. 27. Mevius P. 1. Dec. 92. *Ern. Rud.* Brenneisen *de praestanda euictione in cessione nominis.* Halae 1696. *Leon. Lud.* Mencken *de euictione in cessione nominis praestanda.* Vit. 1738.

handene Sache voraussetzt, bei cedirten Forderungen nur alsdann anwendbar, wenn der Cessionar, in Ansehung einer an sich gegründeten Schuld, den Ansprüchen eines Dritten weichen, und diesem die Forderung ganz oder zum Theil überlassen muß. Z. B. wenn das abgetretene Recht von einem Gläubiger des Cedenten vermöge einer ältern Hypothek in Anspruch genommen wird [10]). Hier gilt nun freilich Alles, was von der Evictionsleistung überhaupt den Rechten gemäß ist; mithin auch der Satz, daß der Käufer allemal erst abzuwarten habe, ob ihm die verkaufte und an sich vorhandene Sache durch einen richterlichen Spruch werde entzogen werden; weil der Kauf und Verkauf unter den Contrahenten an sich bestehet, obgleich ein Dritter an die Sache Ansprüche haben sollte [11]). Wenn hingegen von einer

10) BRUNNEMANN de Cessione act. Cap. 5. n. 42.

11) *Qui vendidit, necesse non habet, fundum emtoris facere.* L. 25. §. 1. D. de contrah. emt. vend. — Inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere, quae res, siquidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum, si non fuit, *tantum euictionis nomine venditorem obligat.* L. 11. §. 2. D. *de Act. Emti. vend.* — Qui rem emit, et possidet, *quam diu euicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena vel obligata res dicatur, conuenire non potest.* L. 3. C. *de Euictionib. Cornel.* van BYNCKERS-HOECK

einer an sich **unrichtigen** Forderung die Rede ist: so kann die Sache nicht füglich nach den Grundsätzen von der eigentlichen **Eviction**, sondern lediglich nur als ein Handel, dessen Gegenstand nicht existirt, betrachtet werden. Dieß befreiet zwar den Käufer einer solchen Forderung nicht immer von der gehörigen Litisdenunciation, welche der Regel nach in jedem Falle, wo man einen Regreß gegen Andere zu nehmen gedenkt, geschehen muß [12]. Allein immer ist doch die Folge richtig, wenn eine abgetretene Forderung, zur Zeit des getroffenen Handels, in der dabei ausgemachten, und hauptsächlich zum Grunde gelegten Eigenschaft nicht wirklich vorhanden gewesen ist, daß das Geschäft in solchem Betrachte gleich von Anfang, als **null und nichtig** hinwegfällt [13]. Aus diesem Gesichtspunkte mußte eigentlich

HOECK Lib. VI. *Obseruat.* c. 24. CUIACIUS Lib. 23. obs. cap. 29. HUBER *Eunom.* ad L. 25. §. 1. D. de contr. E. V. n. 10. *Ioa.* van NECK ad L. ult. D. *de condict. causa data etc.* Cap. 2. in OELRICHS Thes. Vol. 2. T. 2. p. 393.

12) **Westphal** a. a. O. §. 290.

13) Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emtio est. L. 15. D. de contrah. E. V. L. 57. und L. 58. ib. in den Worten: Arboribus quoque vento deiectis vel absumtis igne, dictum est, *emtionem fundi*

gentlich jene Rechtsangelegenheit betrachtet werden. Da der Beklagte nicht bloß eine Forderung an den gemeinen Schuldner, sondern eine brüderliche Forderung wegen rückständiger Erbgelder verkauft hatte: so konnte er auch nicht verlangen, daß die Kläger in jenem Betrachte die spätere Hebung abwarten sollten, sondern das Nichtdasein der eigentlich verhandelten Forderung machte die ganze Cession nichtig [14]; und verband den Beklagten zur Herausgabe des empfangenen Werths unstreitig.

6.

Von der Einrede der Compensation, und den Rechtsmitteln, wodurch der Beklagte seine Gegenforderung klagend verfolgen kann, wenn er mit jener Einrede etwa abgewiesen sein sollte?

Die Frage, ob und in wiefern der Beklagte, welcher mit dem Einwande der Compensation nicht durchdringen konnte, seine Gegenforderung in der Folge klagend verfolgen könne? wird gemeiniglich von den Rechtsgelehrten mit diesem Unterschiede beant-

fundi non videri contractam si contemplatione illarum arborum fundus comparabatur.

14) *Argum.* cit. L. 58. D. de contrah. Emt. Vend.

antwortet, „die erwähnte Einrede ist entweder „darum verworfen worden, weil der Richter die ver„meinte Gegenforderung des Beklagten an sich un„gegründet befunden — oder nicht, sondern nur „darum, weil es sonst an den rechtlichen Erforder„nissen der Compensation gefehlt hat. Im ersten „Falle findet keine Klage weiter Statt, weil die „Rechtskraft entgegen steht; im zweiten Falle „bleibt dem Beklagten sein Recht an sich, und dessen „gerichtliche Verfolgung allerdings noch vorbehal„ten“ [1]). Im Ganzen ist diese Theorie richtig, und den Gesetzen gemäß [2]). Doch verdient die Sache in mancher Rücksicht etwas genauer erwogen zu werden. Da nämlich dem Beklagten, nach verworfener Compensation, eine weitere Rechtsverfolgung in Ansehung seiner Gegenforderung, bald zu Statten kommt, bald aber nicht; je nachdem die Gründe verschieden sind, welche den Richter bewogen haben, der gedachten Einrede den rechtlichen Erfolg zu versagen: so kommen hier eigentlich folgende Verhältnisse zur Betrachtung: 1) wenn die

1) Hellfeld *iurisprud. forens.* §. 935. Carpzov P. I. *Const.* 8. *Def.* 5. Lauterbach *Colleg. theor. pract. Tit. de Compensat.* §. 27. Brunnemann ad L. 7. D. de Compensat.

2) L. 8. §. 2. D. de Negot. gest. L. 7. §. 1. D. de Compensat. L. 1. §. 4. de contrar. tutel. etc.

Gegenforderung als ungegründet verworfen wird; 2) wenn sie nicht liquid ist; 3) wenn die gegenseitigen Forderungen wegen Verschiedenheit der Gegenstände, oder in persönlicher Rücksicht der Parteien nach Vorschrift der Gesetze keine Abrechnung zulassen. Dieser dreifache Grund ist vor allen Dingen gehörig zu berichtigen, und sodann die Frage: Welche Rechtsmittel dem Beklagten in der Folge etwa zu Statten kommen? näher zu beantworten. Soll nun

Erstlich die Compensation wegen Ungültigkeit der Gegenforderung wegfallen: so wird vorausgesetzt, daß diese Gegenforderung, und die daher behauptete Verbindlichkeit **an sich** ungerecht sei. Ob es gerade eine **klagbare** Schuld ausmache, darauf kommt es nicht an [3]. Im Allgemeinen ist man ziemlich darüber einverstanden, daß auch eine **natürliche nicht klagbare** Verbindlichkeit die Compensation nicht ausschließe [4], vorausgesetzt, daß

3) Die Bedenklichkeit, welche L. 15. D. *Ratam rem hab.* und L. 6. C. *de Compensat.* in dieser Hinsicht veranlassen sollen, ist sehr weit hergeholt. Faber *Rational.* ad L. 6. D de Compensat. Voet *Comment.* in Pand. Tit. de Compensat. §. 13.

4) L. 6. D. *de compensat.: Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.* Vinnius Select. Quaest. Lib. 1. c. 49.

daß von solchen Verbindlichkeiten die Rede sei, welche an sich auf ein wirkliches Zwangrecht beruhen [5]), und welchen die Civilgesetze nicht **alle** rechtliche Wirkung ausdrücklich versagt haben [6]). Von zweien Lehrsätzen, welche bei dieser Gelegenheit in den Schriften der Rechtsgelehrten vorkommen, habe ich mich indeß noch nicht überzeugen können. Der erste ist, daß derjenige, welcher an Personen, die noch unter der väterlichen Gewalt standen, Geld geborgt hat, dieser Forderung wegen sich nicht auf eine Compensation berufen dürfe, wenn der Schuldner ihn etwa belangen sollte [7]). Dieser Satz hat frei-

 lich

5) Offenbar unrecht ist es aber, wenn sogar einige Rechtslehrer solche Ansprüche, welche bloße Liebespflichten zum Vorwurf haben, zum Zweck der Compensation hinreichend halten. Z. B. Die vermeinte Verbindlichkeit eines Erben, dasjenige zu erfüllen, was der Erblasser ihm in einer zu Recht nicht bestehenden Verordnung auferlegt hat. *Pet.* BELLOII Disp. *de Compensationibus* beim MEERMANN Thesaur. Tom. IV. p. 733. b. *Hugo* DONELL Commentar. iur. ciu. Lib. XVI. c. 15. p. m. 676. Man sehe dagegen SCHULTING de obligatione naturali Cap. 12. fin. HUBER Digress. Justin. Lib. 4. c. 34. f.

6) Hoepfner theoret. pract. Commentar. §. 979. HELLFELD iurisprud. forens. §. 929. VINNIUS Select. Quaest. Lib. 1. cap. 49. p. m. 308.

7) MENCKE *ad Pandect.* Tit. ad Senat. Cons. Macedon. §. 5. VINNIUS a. a. O. LAUTERBACH Coll. th. pr. XVI. 2. 18.

lich schon seine Gegner gefunden [8]). Der zweite ist, daß eine Forderung, welche binnen der gesetzlichen Verjährungszeit nicht eingeklagt worden ist, in der Folge auch zur Compensation mit einer nachhin entstandenen Schuld nicht mehr gültig sei [9]). Daß Jemand diesen Satz etwas genauer untersucht und widerlegt habe, ist mir nicht bekannt; daß er aber zu widerlegen sei, davon bin ich überzeuget. Zu mehrerer Deutlichkeit setzen wir den Fall: Titius ist **Mevio** hundert Thaler schuldig. Der Gläubiger läßt die gesetzliche Frist von dreißig Jahren verstreichen, ohne sein Recht zu verfolgen. Hierauf erhält Titius an ihn eine Forderung von hundert Thalern, und klagt auf die Bezahlung derselben. Kann nun Mevius wegen jener Schuld die Compensation vorschützen, oder steht ihm die Verjährung entgegen? Um dieß gehörig zu beantworten, frage ich vor allen Dingen, ob die Verjährung auch die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners aufhebe? Dieß läßt sich der Regel nach wohl nicht bejahen; zum Ueberfluß beziehe ich mich auf das-

8) **Hoepfner** a. a. O. Cocceii iur. controv. Tit. ad Senat. cons. Maced. Quaest. 7. Titius iur. prin. Lib. 5. Cap. 13. §. 18.

9) Titius l. c. §. 37. Leyser Spec. 174. Corollar. Mollenbec Thesaur. XVI. 2. 101. M. G. Wernher lectiss. comment. ad Pandect. Tit. de compens. §. 13.

dasjenige, was ich hierüber bereits in einer andern Schrift gesagt habe[10]); und füge hier nur noch hinzu, daß bei einem jeden Zwangrechte eigentlich zwei Stücke in Betrachtung kommen: a) das Recht oder die Forderung selbst; b) die Befugniß, dieses Recht vor Gericht zu verfolgen[11]). Zu dem Letztern gehört die Klage, welche daher auch von den Römischen Rechtsgelehrten dahin erklärt ward: actio est *ius persequendi* in iudicio quod nobis debetur. Diese Befugniß zu **klagen** ist nun nach Vorschrift der Gesetze an sich immer an eine gewisse bestimmte Zeit, binnen welcher sie nur ausgeübt werden kann, gebunden — ein ius temporarium, welches nach Ablauf der gesetzlichen Zeit an sich aufhört. Daher praescriptio s. exceptio temporis; die aber lediglich nur **diejenige Rechtsverfolgung** ausschließt, welche die Gesetze an eine bestimmte Zeit gebunden hatten — nicht das Recht oder die Forderung selbst aufhebt, sondern nur die Befugniß, den Anspruch vor Gericht zu verfolgen, nachdem die gesetzliche

 Dauer

10) **Meine Systemat. Entw. der Lehre von der natürl. Verbindl.** §. 92.

11) G. L. Boehmer princip. iur. can. §. 706. in den Worten: Cum *iuris* persequendi causa iudicium suscipiatur: in omni iudicio *duplex ius* intelligitur, *alterum* quod persequimur, *alterum* vero virtute cuius illud in iudicio persequimur. Ultimum *actio* vocatur.

Dauer der Klage verstrichen ist. Hieraus läßt sich beurtheilen, in wie fern man mit einem der vorzüglichsten Rechtsgelehrten unsers Zeitalters sagen könne: Tribuit haec praescriptio libertationem *a debito*; ac proinde exceptionem ad *excludendum ius agendi*[12]). Das Letztere ist sehr richtig; das Erstere aber kann, in Rücksicht auf die auslöschende Verjährung, wovon hier die Rede ist[13]), nur bei solchen **bloß bürgerlichen** Verbindlichkeiten, wo **das Recht** selbst, nicht aber nur die **Rechtsverfolgung** auf eine gewisse Zeit beschränkt ist[14]), angenommen, jedoch nicht im Allgemeinen als Wirkung der Präscription behauptet werden[15]). Denn diese schließt der Regel nach nur die Klage des Gläubigers aus, weil die Zeit, nach deren Ablauf dem Schuldner die Verjährung zu Statten kommt, lediglich nur der Anstellung der gerichtlichen Klage vorgeschrieben ist. Bloß gegen diese erhält der Schuldner eine **Einrede**, wie es der Ausdruck praescriptio in dem Römischen Gesetzbuche an sich schon mit sich bringt[16]); und sämmtliche einzelne Ver-

12) Cit. Boehmer §. 677.

13) **Hoepfner** a. a. O. §. 393. u. 1182. f.

14) **Meine Schrift von der natürlichen Verbindl.** §. 54.

15) Das Gegentheil behauptet Wernher Obs. I. 294.

16) *Joa.* d'Avezan de usucapionib. et praescript. beim *Meermann* Thesaur. Tom. 4. p. 213. a.

Verordnungen über diesen Gegenstand [17]) deutlich genug bestimmen. Ist also, der eingetretenen Verjährung ungeachtet, immer noch eine natürliche Verbindlichkeit des Schuldners vorhanden; und haben die Gesetze, in Ansehung dieser Verbindlichkeit, dem Gläubiger nur die Befugniß **zu klagen** abgesprochen: so müssen ja die übrigen Wirkungen einer natürlichen Zwangspflicht aufrecht bleiben, dergestalt, daß auch insbesondere dem Schuldner nicht freisteht, die obgleich aus einem Irrthum geleistete Zahlung wieder zurück zu fordern [18]). Hieraus, denke ich, rechtfertigt sich in dem oben angeführten Falle die Compensation von selbst. Diese erfordert den Gesetzen nach nichts mehr, als daß eine gegenseitige wirkliche Schuld, wenn gleich nur eine natürliche, nicht klagbare Verbindlichkeit, vorhanden sei. Ist solche erwiesen: so behandeln die Gesetze die Compensation, als eine wirklich geleistete Zahlung, und verordnen an mehr, als einer Stelle, daß dasjenige, was von der Zahlung überhaupt gilt, auch von der Compensation gelten solle [19]), weil die

 Letztere

17) Tot. Tit. C. de praescr. XXX. vel XL. annor.

18) *Ubi enim in odium eius, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur.* L. 40. D. de condict. indeb.

19) L. 4. C. de Compensat.: Si constat, pecuniam inuicem deberi, ipso iure *pro soluto* compensationem

letztere eben darauf beruhet, daß der Gläubiger durch die Gegenforderung, welche der Schuldner an ihn hat, wirklich dessen schon theilhaftig geworden ist, was er von seinem Schuldner begehren konnte [20]). Alle Verbindlichkeiten also, derentwegen die Zurückforderung des wirklich Bezahlten nicht Statt findet, (und diese Wirkung hebt ja die Verjährung nicht auf) sind von der Compensation nicht auszuschließen [21]). Man hat sich dagegen zwar auf

L. 14.

nem haberi oportet. So auch L. 4. D. qui potior. in pign. L. 19. D. de lib. causa. L. 15. D. Ratam rem hab.

20) Hellfeld jurisprudent. forens. §. 928. in den Worten: Si is, cui debeo, mihi reciproce debet, iniquum foret, si exigere vellem ab altero ut mihi solueret, quum iam penes me habeam, quod debetur, et retinendo, quod debeo, mihi ipsi statim satisfacere possim.

21) Quamuis in his, quae *natura* tantum debentur, non detur *actio*, tamen quia iuris gentium sunt, *soluta repeti non possunt*, et *eadem quoque ratione* compensantur, quum compensatio nil aliud sit, quam retentio. Veluti si nudo pacto mihi debeas, inutiliter ago, illud tamen recte compensabitur, *nam et solutum non repetitur.* *Petr.* Belloii *de Compensat.* beim Meermann Thesaur. Tom. IV. p. 733. f. woselbst man überhaupt die Schlußfolge von der unzulässigen Zurückforderung des Bezahlten auf die Zulässigkeit der Compensation, ausführ-

L. 14. D. *de Compensationib.* berufen, wo es heißt: Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt. Allein, ohne mich bei den verschiedenen Versuchen aufzuhalten, welche über diese Worte angestellt sind [22]), bemerke ich nur, daß das erwähnte Gesetz, wenn es nicht mit einer andern Stelle (L. 6. D. ebendas.) in offenbarem Widerspruch stehen soll, nur von solchen vermeinten Gegenforderungen zu erklären sei, wo das Recht und die Verbindlichkeit selbst durch zerstörliche Einreden aufgehoben wird; nicht aber von solchen Ansprüchen, denen die Gesetze nur keine Klage beilegen, obgleich übrigens Recht und Verbindlichkeit an sich nicht aufgehoben sind. Dieß ist der Analogie des Rechts völlig gemäß; nicht zu gedenken, daß der Ausdruck: per exceptionem perimi, in der Sprache des Römischen Rechts eigentlich nur die Fälle bezeichnet, wo dem Beklagten gegen eine nach strengem Recht zuläs-

führlich durch Beispiele erläutert findet, daher ich die angeführte Stelle zur weitern Nachlese hier wohl empfehlen kann. Man sehe auch Faber Rat. ad L. 6. D. de Compens. Voet Comm. ad Pand. d. t. §. 13. Franzke ebendas. n. 12.

22) Meerm. IV. 733. Hugo Donell Comment. iur. ciu. XVI. 15. p. m. 697. Vinnius *Select. quaest. l. c.* Faber Rational. ad L. 14. D. de Compensat. Zoesius Comment. ad Pand. d. t. n. 10. Franzke ebendas. n. 7.

lässige Klage eine Einrede gestattet wird, dahingegen hier von den Fällen die Rede ist, wo aus einer an sich vorhandenen natürlichen Verbindlichkeit schon selbst nach Vorschrift der Gesetze gar keine Klage Statt findet [23]).

Zweitens. Man hat bekanntlich die Regel: liquidi cum illiquido nulla est compensatio. Bei dieser Regel ist jedoch überhaupt zuvörderst Folgendes zu bemerken, um alle Mißdeutung, und ungerechte Anwendung derselben zu verhüten. A) **Liquid** in rechtlicher Beziehung ist alles dasjenige, wovon eine rechtlich geltende Gewißheit vorhanden ist, **illiquid** was sich mit rechtlicher Gewißheit weder bejahen noch verneinen läßt *) Illiquide Einreden oder Gegenforderungen und **ungegründete**, d. i. von denen schon erhellt, daß sie gar nicht Statt finden, unterscheiden sich daher von selbst. Der Grund nun, warum der Richter Einreden oder Gegen-

23) *Aliud* enim est, de eo debito loqui, quod peti non possit defectu non tam *iuris*, quam *actionis*, quale est, quod naturaliter tantum debetur; *aliud* vero de eo debito, quod stricto iure *peti* quidem possit, sed non cum effectu propter *exceptionem*, hinc pro *indebito* habeatur. Faber ad L. 6. D. de Compens. Noch ausführlicher hat dieß erläutert Vinnius a. a. O.

*) Man vergleiche übrigens C. W. **Wehrn** von gerichtl. Einwend. §. 11.

genforderungen, bloß darum weil sie **illiquid** sind, zurückweisen darf, kann kein anderer sein, als weil diese Einreden nicht zur gehörigen Zeit in Gewißheit gesetzt, und weil es daher ungerecht sein würde, das erwiesene Recht des Gegentheils nach dieser weitern Ausführung aufzuhalten. Daraus folgt a) daß hier nur von solchen Dingen die Rede sein kann, deren rechtliche Gewißheit **von der Ausführung der Parteien abhängt**, also von zweifelhaften Thatsachen [24]), nicht von **Rechtsfragen**, wie controvers diese auch sein mögen, weil eine weitere Ausführung dessen, was die Rechte mit sich bringen eigentlich keiner Partei **obliegt**, sondern die streitenden Theile dieses von der Bestimmung des Richters erwarten. Keine bloße Rechtsfrage kann also als **illiquid** verworfen, oder bei Seite gesetzt werden [25]); b) daß die Ausführung des streitigen facti **dem** obliegen muß, der die Einrede oder Gegenforderung vorschützt. Ist es der Gegner, der beweisen muß,

z. B.

24) de Canngiesser Decis. Hasso-Cassellan. Tom. I. Argum. 103.

25) Boehmer Consult. et Decis. Tom. I. P. 2. Resp. 101. n. 15. *Henr.* Brockes Obseruat. Select. Argum. 443. *Hugo* Donell. ad L. ult. C. de Compensat. n. 6. Vinnius Select. Quaest. Lib. I. c. 50. Das Gegentheil behaupten gleichwohl Struben Rechtl. Bed. Th. 3. Nr. 57. Ludolf Obseruat. forens. Argum. 61.

z. B. bei der exceptio non impleti contractus, so kann dem, der die Einrede vorschützt, die Ungewißheit derselben, die eigentlich sein Gegner entfernen muß, nicht nachtheilig werden, da sie ihm nicht zur Last fällt. Unschicklich ist es aber, darum diejenigen Einreden, welche den Beweis auf den Gegner bringen, den liquiden beizuzählen. Liquid z. B. ist die exceptio non impleti contractus nicht; denn sonst müßte ja schon ausgemacht sein, daß der Contract nicht erfüllt sei, das ist es aber nicht, sondern der Kläger soll erst beweisen, daß er ihn erfüllt habe. Der Richter kann aber den Beklagten mit jener Einrede darum weil sie illiquid ist, nicht zurückweisen, weil nun selbst auch das Klagerecht des Klägers nicht mehr liquid ist, da er erst einen Umstand wahr machen soll, von dem sein ganzes fundamentum agendi abhängt. B) Auch hat die Regel: liquidi cum illiquido etc. unstreitig den Sinn nicht, daß die Gegenforderung sogleich da sie vorgebracht wird, immer schon ausgemacht oder völlig erwiesen sein müsse. Vielmehr ist der Regel nach, der Beklagte gleich dem Kläger zuvörderst mit dem Beweise seiner Ansprüche zu hören. Die Ausnahme, daß der Beklagte mit seinen Einreden, wenn sie nicht sogleich, da er sie vorbringt, völlig ausgemacht sind, abgewiesen wird, findet nur unter folgenden Umständen Statt: 1) wenn an sich schon nach der Natur gewisser

wisser Arten des Processes nur solche Einreden, welche sogleich liquid sind, gestattet werden; z. B. im Executiv- oder Wechselproceß; 2) wenn es eine Proceßverhindernde Einrede sein soll, und der Beklagte die Einlassung auf die Klage dadurch abzulehnen sucht; 3) wenn der Einwand noch am Ende des Processes, und um die Hülfsvollstreckung zu verhindern, vorgebracht wird. Nichts ist indeß gewöhnlicher, zugleich aber auch ungerechter, als daß, außer diesen Fällen, im ordentlichen Processe von der Regel: illiquidi cum liquido nulla est compensatio, sofort Gebrauch gemacht wird, wenn der Beklagte in der Einlassung zwar die ursprüngliche Richtigkeit der Forderung des Klägers zugiebt, jedoch zugleich dagegen vorschützt, daß solche durch die Compensation bereits ganz oder zum Theil aufgehoben sei. Hier pflegt der Kläger das Geständniß des Beklagten nützlich anzunehmen, und dann darauf anzutragen, daß Beklagter zum Abtrag der zugestandenen, mithin liquiden Schuld verurtheilt, hingegen mit der liquiden Gegenforderung zum besondern Proceß verwiesen werden möchte. Die Gerichte willfahren hierin nicht selten. Da aber das Gesetz, worauf man sich gewöhnlich beruft [26]), eigentlich nur den Fall betrifft, wenn Jemand die Einrede der Compensation nicht gleich zu Anfange des Streits,

26) L. vlt. de Compensat.

Streits, sondern nach geendigtem Verfahren, da die Sache bereits zum Urtheile, oder gar schon zur Hülfsvollstreckung gediehen war, erst vorschützen wollte [27]): so muß es ja in andern Fällen, wo der Beklagte diese Einrede zur gehörigen Zeit angebracht hat, bei der Regel und Analogie der Rechte sein Bewenden behalten, daß der Beklagte, er mag im übrigen den Grund der Klage leugnen, doch immer erst mit dem Beweise seiner Einreden gehört werden muß, bevor er zur Befriedigung des Klägers angehalten werden kann [28]). C) Die erwähnte Regel deu-

27) Ob der Kaiser Justinian in der angeführten Constitution etwas Neues verordnet habe, oder nicht, welches Letztere Cujaz Obseruat. VIII. 16. und mit ihm **Walch** ad *Hopp. Inst.* IV. 6. 30. behaupten wollen; mag ich hier nicht weiter untersuchen. Die Stellen der Pandecten, worauf der Vater der eleganten Rechtsgelehrten sich beruft, L. 2. u 22. D. de Compensat. L. 3. D. de Tutel. et rat. distrah. scheinen ihm nicht das Wort zu reden.

28) *Hugo* Donell ad L. ult. C. de Compens. verglichen mit Averanio *Interpret. iur.* ciu. I. 14. 5. f. Vinnius Select. Quaest. I. 50. Reinharth ad Christin. Vol. I. Obs. 69. Thomasius ad *Huber.* Praelect. in Pand. XVI. 2. 3. Carpzov P. I. Const. 8. Def. 13. *Fratr.* Becmannor. Consil. et Decis. Tom. I. Argum. 34. n. 5. Bachov. ad *Treutler.* Vol. I. Disp. XXV. th. 8. Lit. G.

deutet nur so viel an, daß der Richter in Fällen, wo liquide Einreden erfordert werden, die illiquiden einstweilen nicht achtet, jedoch dem Beklagten die weitere Ausführung seines Rechts gestatten muß. Hat der Beklagte dieses in der Folge hinlänglich begründet, so müssen ihm auch alle rechtliche Wirkungen davon, schon von der Existenz seines Rechts angerechnet, zugestanden werden, wie sich weiterhin noch deutlicher ergeben wird. Gesetzt aber, die Gegenforderung sei nicht nur an sich gegründet, sondern auch völlig liquid, so kann sie doch, **Drittens**, den Rechten nach [29]) keine Compensation begründen, wenn sie zur Zeit noch nicht fällig ist, oder in persönlicher Rücksicht der Parteien keine Abrechnung Statt findet, ingleichen wenn die Gegenstände der wechselseitigen Forderung ganz verschiedener Art sind. Daher die bekannte Regel: Species cum specie, vel genus cum specie compensari nequit [30]). Diese ent-

29) Ohne Zweifel kann durch Verträge oder letzte Willensverordnungen ein anderes bestimmt werden. Daher die Eintheilung in Compensationem *hominis* et *iuris*, *voluntariam* et *necessariam*. **Hoepfner Comment.** §. 979. Meermann. IV. 729. a. *Hugo* Donell. Comm. iur. civ. XVI. 15.

30) Nam qui pro specie a se petita vult pensare aliam speciem aut pecuniam sibi debitam, aperte postulat, *aliud pro alio pensare id est solvere.* Hoc autem

enthält auch den Grund, warum das Depositum die eigentliche Compensation nicht zuläßt; weil der Depositarius der Regel nach debitor speciei ist, und

autem iura non concedunt; ne in vera quidem solutione, multo igitur minus recipiendum est in compensatione, quae imago tantum est verae solutionis. DONELL. l. c. Um übrigens die Verordnung in L. ult. C. de Compensat. und §. 30. I. de action., wornach auch den dinglichen Klagen die Compensation entgegen gesetzt werden kann, mit der obigen Regel zu vereinbaren, hat man angenommen, daß diese Gesetze eigentlich den Fall bezielen, da mittelst der dinglichen Klage nicht sowohl eine gewisse bestimmte Sache selbst verfolgt, als vielmehr statt derselben der Werth gefordert wird. Donell a. a. O. u. ad §. 30. I. de action. VINNIVS Comment. ad Instit. ebendas. Allein, da es so ganz ungewöhnlich nicht ist, daß der Ausdruck *compensatio* da gebraucht wird, wo eigentlich das Retentions-Recht verstanden werden soll, z. B. L. 18. D. Commodati; so hat die Meinung anderer Ausleger vielen Schein, daß in Rücksicht auf die dinglichen, und selbst auch die persönlichen Klagen, welche eine bestimmte Sache, speciem, zum Vorwurf haben, in jenen Gesetzen das Zurückbehaltungs-Recht verstanden werde. MEERMANN Thesaur. Tom. IV. p. 731. a. FRANZKE Comm. ad Pand. Tit. de Compensat. n. 12. seq. BACHOV ad TREUTLER Vol. 1. Disp. 25. th. 8. lit. C. Man sehe indeß PÜTTMANN interpret. iur. ciu. c. 32.

und eben daher seine Gegenforderung an den Deponenten nicht in Abrechnung bringen kann, gesetzt auch, daß ihm eine Summe Geldes zur Verwahrung anvertrauet wäre [31]). Nach der Meinung des Madihn [32]) soll hier der wahre Grund der unzulässigen Compensation darin bestehen, weil derjenige, dem eine Sache zur Aufbewahrung übergeben ist, immer die liquide Verbindlichkeit auf sich hat, solche, wann es dem Deponenten beliebt, wieder herauszugeben; seine Gegenforderung aber meistens nicht so liquid ist. Dieß scheint mir aber nicht gegründet. Denn auch die Verbindlichkeit des depositarii setzt immer erst voraus, daß die Thatsache, worauf sie sich gründet, erwiesen sei. Sie hat also in Ansehung der Liquidität vor allen übrigen mittelbaren Verbindlichkeiten nichts voraus. Wiederum kann die Gegenforderung an sich ganz klar sein; weßhalb denn die erwähnte Meinung zu der irrigen Vorstellung führen würde, daß der Depositarius, wenn er nur seine Gegenforderung sogleich darthun

 könnte,

31) L. 34. §. 4. L. 51. D. de Legat. I. L. 30. ad L. Falcid. Titius iur. priu. Lib. V. c. 13. §. 17. Berger Oecon. iur. Lib. III. Tit. 15. §. 4. 5. Man sehe jedoch Hopp ad §. 30. J. de Actionib. G. L. Boehmer Elect. iur. ciu. Tom. II. Exercit. 13. §. 8.

32) Madihn adnot. ad *Mencken.* de act. n. 516

könnte, zur Abrechnung befugt sei. Richtiger ist es daher wohl, wenn man den Grund jener allgemeinen Vorschrift so angiebt, wie ihn die Natur des Depositi und der Compensation darstellet.

Um nunmehr die gleich zu Anfange dieser Betrachtung bemerkte Frage näher zu erwägen, so ist zuvörderst ausgemacht, daß der Beklagte, I. wenn seine Gegenforderung, als wirklich ungegründet, verworfen sein sollte, in der Folge gar nicht weiter damit gehört werden könne, weil er die rechtskräftige Entscheidung wider sich hat [33]). Dieß setzt aber voraus, daß aus dem Urtheile, und dem bisherigen Verfahren der Parteien deutlich erhellt, daß selbst über den Grund, und die Rechtmäßigkeit der Gegenforderung an sich erkannt, und nicht bloß, nach andern bisher bemerkten Verhältnissen, die alleinige **Compensationsfähigkeit** abgesprochen worden sei [34]). In zweifelhaften Fällen würde man

33) L. 7. §. 1. D. de Compensat. in den Worten: Si *rationem compensationis iudex non habuerit*, salua manet *petitio;* nec enim rei iudicatae obstat exceptio. Aliud dicendum, si *reprobauit* pensationem, quasi *non existente debito;* tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio; verglichen mit L. 1. §. 4. de contrar. tutel. L. 8. §. 2. de Negot. gest.

34) L. 7. §. 4. L. 23. L. 27. L. 30. §. 1. D. de except. rei iud.

man eher das Letztere, als das Erstere anzunehmen haben, weil die Einreden des Beklagten nur den Zweck haben, die Klage abzulehnen, und in diesem Betrachte die Compensation verworfen werden kann, ohne daß gerade ein gänzlicher Ungrund der Gegenforderung solches veranlaßt haben sollte [35].

II. Ist hingegen die erwähnte Einrede bloß darum ohne Erfolg geblieben, weil die Gegenforderung nicht liquid war: so sind alle Rechtslehrer zwar darin einig, daß der Beklagte nunmehr sein Recht noch klagend verfolgen könne. Man hat es aber kaum der Mühe werth gefunden, die eigentliche Klage, welche der Beklagte alsdann anzustellen hat, etwas näher zu untersuchen. Donell sagt, daß die nämliche Klage, welche aus der Gegenforderung eigentlich entspringt, hier anzustellen sei [36]. Daraus entsteht aber, wie ein Jeder siehet, für den Beklagten der Nachtheil, daß, wenn sein Anspruch eine natürliche, nicht klagbare Verbindlichkeit zum Gegenstande hat, ihm der Weg Rechtens so gut als verschlossen sei [37]. Richtiger und besser kann aber der Be-

35) Brunnemann, ad L. 7. D. de Compensat.

36) Donell. ad L. ult. C. de Compensationib.

37) Alterum incommodum est, quod fieri potest, ut quod debitori debetur, id debeatur tantum *naturaliter*. Compensatione repudiata hoc debito excidit.

Beklagte ein anderes Rechtsmittel ergreifen, und dadurch dem erwähnten Nachtheile entgehen. Wer eine durch Abrechnung bereits getilgte Forderung bezahlt, kann den Rechten nach das Bezahlte als eine Nichtschuld zurück fordern. Was die Gesetze in dieser Hinsicht verordnen [38]), ist gerade auch hier vollkommen anwendlich. Denn war die Gegenforderung an sich gegründet: so hatte sie auch in der That den Anspruch des Klägers, sammt Allem, was davon abhing, an sich schon ipso iure aufgehoben, obgleich der Richter die rechtliche Wirkung der Compensation wegen ihrer Illiquidität noch nicht eintreten lassen konnte. Anders ist die Regel: liquidi cum illiquido nulla est compensatio, wie vorhin gezeigt worden ist, nicht zu verstehen [39]). Sobald also

dit. Persequi enim id debitum non potest, quia naturale est, quod solutum potest retineri, peti autem non potest. Donell. ad L. ult. C. de Compensat. Er scheint aber hiebei seinen sonstigen Grundsätzen nicht getreu geblieben zu sein. Siehe Comment. iur. ciu. XVI. 15. p. m. 702.

38) L. 10. §. 1. D. de Compensat. in den Worten: Si quis igitur compensare potens, soluerit, condicere poterit, *quasi indebito soluto.* Man sehe auch Franzke Comment. ad Pand. XVI. 2. 8.

39) Si constat, pecuniam inuicem deberi, ipso iure pro soluto haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab

also der Beklagte, welcher vorerst dem Kläger die Bezahlung leisten mußte, in der Folge seine vorgeschützte Gegenforderung rechtfertigen kann: so zeigt sich eben dadurch, daß der Kläger eine bereits aufgehobene und getilgte Schuld entgegen genommen habe. Der Beklagte verfolgt nunmehr nicht sowohl seine vormalige Gegenforderung an sich, denn auch diese ist ja durch die Compensation getilgt, als er vielmehr die bezahlte Nichtschuld zurück fordert[40]. Hieraus folgt von selbst, daß dem Beklagten **die Einrede** nicht entgegen gesetzt werden könne, welche sonst Statt finden würde, wenn er selbst aus der etwa nicht klagbaren Gegenforderung hervorginge. Daß L. 51. D. de Cond. indeb. wo es heißt: ex quibus causis retentionem

 qui-

ab utraque parte debetur. Omnino igitur compensatio vim suam retro exserit, ante nempe tempus, quo vel a reo allegatur, vel a iudice comprobatur. *Iudicis sententia non inducit compensationem, sed declarat.* PUFENDORF Tom. I. Obseru. 178. Die Meinung **Huber's**, Prael. ad Pand. XVI. 2. 4. daß die Wirkung der Compensation in Ansehung der Zinsen ꝛc. erst von der Zeit, da die Gegenforderung liquid gemacht worden ist, anzurechnen sei, ist der Natur der Sache und der klaren Vorschrift in L. 4. C. de Compens. entgegen.

40) Nicht sowohl immer condictione indebiti, welche eigentlich eine aus Irrthum geschehene Zahlung voraussetzt, als vielmehr hier besonders condictione sine causa.

quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea, si soluerimus, repetere non possumus; hier keine Aenderung mache, bedarf kaum einer Erinnerung, weil daselbst nicht von solchen Zahlungen, die Jemand unfreiwillig auf Befehl des Richters hat leisten müssen, die Rede, sondern das Gesetz von dem zu verstehen ist, welcher freiwillig etwas weg gab, was er zurück behalten konnte. In einem andern Gesetze, L. 30. ebendas., wird zwar gesagt: Qui invicem creditor idemque debitor est, in his casibus, *in quibus compensatio locum non habet,* si soluit, non habet condictionem veluti indebiti soluti, sed *sui crediti petitionem.* Das Letztere setzt freilich eine klagbare Forderung voraus. Allein das Gesetz redet von solchen Fällen: *in quibus compensatio locum non habet.* Das läßt sich aber, wie bereits gezeigt ist, in seinem völligen Umfange von dem Falle nicht sagen, wo der Richter die Compensation nur jetzt, da sie vorgeschützt wird, noch nicht bestätigen, und ihre Wirkung eintreten lassen kann, weil der Grund derselben noch nicht liquid gemacht ist, Ganz anders verhält sich die Sache

III. wenn die Forderung und Gegenforderung, nach vorhin erwähnten Verhältnissen, überhaupt keine Compensation zulassen. Hier kann der Beklagte nicht behaupten, daß der Kläger eine Nichtschuld von ihm erhalten habe, weil keine der beider-

seitigen

seitigen Forderungen die andere aufhebt. Vielmehr bleibt, nach Anleitung der eben gedachten Vorschrift L. 30. D. de Cond. indeb. dem Beklagten nichts weiter übrig, als die Gegenforderung selbst klagend zu verfolgen, wobei natürlich vorausgesetzt wird, daß sie nicht unter diejenigen Ansprüche gehören müsse, welche den Rechten nach nicht klagbar sind.

7.

Von der Paullianischen Klage in Ansehung einer, zum Nachtheil anderer Gläubiger, geschehenen Verpfändung.

(vergl. Klein's Annalen I. 145.)

Es geschieht nicht selten, daß ein Schuldner, über dessen Vermögen der Concurs nahe bevorsteht [1]), diesen, oder jenen seiner Gläubiger mit Ertheilung eines Pfandrechts, welches derselbe vorher nicht hatte, oder auch, statt der bisherigen Privathypothek, mit einem öffentlichen, oder gerichtlichen Pfandrechte begünstigt. Alsdann entsteht die Frage: ob und in wiefern die übrigen Gläubiger, nach gemeinen Rech-

 ten

1) Ueber den eigentlichen Anfang des förmlichen Concurses verdienen, außer andern bereits bekannten Schriften, nachgelesen zu werden: C. G. de Winckler, *Aduersaria iuris iudiciarii inprimis quoad concursum creditorum.* Lips. 1785. Adnot. Ima.

ten [2]), befugt sind, dieses Unternehmen mit der Paullianischen Klage anzufechten. Weil nun das Pfandrecht die Befriedigung der Gläubiger sichern soll: so pflegt man hier eben die Grundsätze anzuwenden, welche in dieser Hinsicht von der wirklichen Zahlung gelten, folglich den übrigen Gläubigern in Ansehung einer, ihnen nachtheiligen Verpfändung, nur in so fern die Paullianische Klage zu gestatten, als solche wegen einer Bezahlung Statt findet, welche der Schuldner noch vor Ausbruch des bevorstehenden Concurses geleistet hat. Hievon ist aber klar verordnet, daß der wachsame Gläubiger seine erhaltene Befriedigung, der Regel nach, gegen alle Ansprüche der übrigen Gläubiger sicher behaupten könne, wenn er gleich das Unvermögen des Schuldners, und daß die übrigen Gläubiger darunter leiden würden, recht gut gewußt hätte [3]). Nur in dem Falle

2) Von der besondern Vorschrift, welche hierüber im **Lübeckschen Rechte** enthalten ist, handelt Mevius Comment. ad ius Lub. Lib. 3. Tit. 4. Art. 1. wie auch C. F. Winckler *Triga Exercitat. ad ius Lubec.* Kil. 1758. Cap. 1. §. 8 seq.

3) Sciendum, Iulianum scribere, eoque iure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, *quamuis sciens prudensque solvenda non esse, recipiat*, non timere hoc edictum; sibi enim vigilauit. L. 6. §. 6. 7. L. 24. D. *Quae in fraud. cred.* L. 21. D. *de peculio.*

Falle ist von dieser Regel keine Anwendung zu machen, wenn die Zahlung zum Nachtheile des Fiscus geschehen [4]), oder, wie wenigstens mehrere Rechtslehrer im Allgemeinen als Ausnahme hinzufügen, wenn zum Schaden eines andern gleichfalls vigilanten Gläubigers, welcher bereits rechtliche Mittel zu seiner Befriedigung angewandt hatte, gezahlt sein sollte [5]). Folglich würde, in der obigen Voraus-

4) Oelze *de creditore sibi vigilante* §. 29.

5) L. 6. §. 2. D. de Rebus auct. iud. possidend. L. 24. D. Quae in fraud. creditor. **Struben** rechtl. Bed. Th. I. Nr. 105. *Gottl. Euseb.* Oelze *de creditore sibi vigilante. Ienae* 1770. §. 25. **Dabelow**, ausführl. Entwickel. der Lehre vom Concurs Cap. 13. pag. 425. rc. Weil aber beide Gesetzstellen nur von dem besondern Falle derjenigen Zahlung reden, die von Seiten eines Pupillen, welcher nachher die väterliche Erbschaft ausschlug, mit vormundschaftlicher Bewilligung an einige Erbschaftsgläubiger geschehen war, wobei freilich auch ganz eigne Gründe eintreten, so wird auch die Anwendung der gedachten Gesetze von andern Rechtsgelehrten bloß auf den ausgedrückten Fall eingeschränkt, im Allgemeinen betrachtet, aber jene Ausnahme verworfen. I. F. de Rhetes ad L. 24. cit. bei **Meermann** Thesaur. VI. 185. *C. F. Walch* cit. Dissert. §. 17. Diese sucht Dabelow l. c. zu widerlegen. In der That aber hat ihre Meinung vieles für sich. Man s. auch Hasche über

ausſetzung, auch das Pfandrecht, welches der Schuldner vor Ausbruch des ſchon bevorſtehenden Concurſes ertheilt hätte, nur unter eben dieſen Umſtänden anzufechten ſein. Wirklich behauptet auch **Voet:** Creditor, qui vel debitam pecuniam recepit, vel in vetus creditum *pignus* accepit, antequam bona debitoris possiderentur, et antequam *alii aeque instarent, sibi solui*, vel *securitatem* praestari curat, neque fraudem facit, neque edictum timere debet, quamvis sciens prudensque debitorem, soluendo non esse, id fecerit; sibi enim vigilauit[6]). Er ſucht dieß vorzüglich mit analogiſchen Gründen zu unterſtützen. Es verlohnt ſich aber nicht der Mühe, ſolche umſtändlich zu beantworten; ſondern wir wollen lieber die Geſetze ſelbſt reden laſſen. In L. 13.

über die Hamb. Fallit. Ord. l. c. §. 26. Es werden noch mehrere Ausnahmen aufgezählt; wobei wir uns hier aber nicht aufhalten dürfen. Man ſehe indeß C. F. Winckler cit. *Triga Exercitat.* Cap. 1. §. 2. *Alb. Phil.* Frick *de reuocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis, imminenti, aut moto concursus iudicio*, Helmst. 1777. §. 13. sequ.

6) Voet *Comm. in Pand. Tit. Quae in fraud. cred.* §. 18. So auch Leyser *Spec.* 495. M. 8. Oelze a. a. O. §. 26. Frick c. l. §. 22. Canngiesser *Decis. Hasso Cassell.* T. II Dec. 232. C. F. Walch de iure prioritatis in fraudem aliorum creditorum impetrato. Ienae 1790. §. 15. sequ. in Opusc. iur. ciu. III. 9.

13. D. *Quae in fraud. creditor.* heißt es: Illud constat, eum, qui pignus tenet, hac actione non teneri. Suo enim iure et ut pignus tenet, non rei seruandae causa. Hingegen eine andere Stelle lautet dahin: Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum. L. 10. §. 13. D. ibid. Von beiden Gesetzen sagt **Leyser**: pugna manifesta videtur, quam tamen componit *Scaeuola* in L. 22. ib. distinguendo inter pignorationem fraudulentam, et non fraudulentam. Die Worte des **Scävola**, worauf sich **Leyser** beruft, sind diese: Quum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero: an in fraudem caeterorum creditorum factum, nullius momenti esset? Respondit, creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, nisi id (et) in fraudem creditorum factum sit, et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent [7]. Was

7) Daß in dieser Stelle die Worte: nisi id in fraudem etc. etc. nach der **Haloandrinischen** Ausgabe dahin zu verbessern sind: nisi id *et* in fraudem etc. etc. hat *Anton.* Augustin, Lib. 3. Emendat. et opin. c. 9. angemerkt. Siehe *Everh.* Otto Thesaur. Tom. IV. p. 1526. Statt der Worte: *et ea via iuris occurratur*, liest **Haloander**: et sic causa iuris occurrat, womit auch die sogenannte *vulgata*, bis auf das, in derselben nicht befindliche sic, übereinstimmt. S. Gebauer *in not. ad L. cit.*

Was nun zuvörderst den anscheinenden Widerspruch anbetrifft, welchen Leyser aufzulösen sucht: so haben die Glossatoren bereits angemerkt, daß in der zuerst angeführten Stelle L. 13. D. *quae in fraud. cred.* von einem, zur Zeit des bevorstehenden Concurses erst errichteten Pfandrechte, und ob die übrigen Gläubiger solches anfechten könnten, gar nicht die Rede sei, sondern, daß daselbst nur die verschiedene Wirkung des bloß Prätorischen, und anderer Arten des Pfandrechts bestimmt werde. Die Worte: Suo enim iure et ut pignus tenet, non *rei seruandae causa*, zeigen das auch deutlich genug. Von jenem bloß Prätorischen Pfandrechte ist aber bekannt, daß, wenn auch nur Ein Gläubiger solches bewirkt hatte, es dennoch den übrigen gleichfalls zu gute kam [8]). Diese konnten daher von dem immittirten Gläubiger nicht nur verlangen, daß er sie gleichfalls zulassen solle, sondern er war auch, wenn er etwa zu ihrem Nachtheil gehandelt hatte, wegen Alles dessen, was auf ihn aus den Gütern des Schuldners gekommen war, dem gemeinschaftlichen Interesse der Gläubiger actione in factum verhaftet [9]). Ganz anders verhielt sich die Sache, wenn

8) L. 12. D. *de Reb. auct. iud. possid.* **Westphal vom Pfandrechte** §. 44. f.

9) L. 14. D. eod. L. 9. L. 12. *Quib. ex caus. in possess. eatur.*

wenn ein Gläubiger etwas von des Schuldners Gütern, woran ihm sonst schon ein eigentliches Pfandrecht zustand, im Besitz erhalten hatte; hier konnten zwar ältere hypothekarische Gläubiger ihr dingliches Recht gegen ihn verfolgen [10]); allein das vorhin erwähnte gemeinschaftliche Recht der übrigen Gläubiger fiel hier weg. Sichtlich ist von diesem Falle in L. 13. D. *Quae in fraud. creditor.* die Rede [11]). Davon ist aber wohl zu unterscheiden, wenn selbst die Gültigkeit eines vor Ausbruch des Concurses erst errichteten Pfandrechts zur Frage kommt. Dieß ist es, womit sich die beiden andern Gesetze, welche oben angeführt sind, beschäftigen, wie die Worte: Si in vetus creditum unus creditorum pignora *accepisset.* [12]), klar ergeben. In diesen Gesetzen wird man aber mit keinem Worte auf diejenigen Grundsätze verwiesen, welche unter jenen Umständen von einer wirklich geschehenen Bezahlung gelten, sondern es wird dem Pfandrechte überhaupt die Gültigkeit abgesprochen, wenn es in fraudem caeterorum *credi-*

10) L. 12. pr. D. L. 2. 4 C. *Qui potior. in pignor.* Westphal vom Pfandr. §. 149 u. 153. f.

11) *Robert. Ioseph.* Pothier *Pandectae Iustinianeae in nou. ordin. digest. Tom.* 3. *p.* 197.

12) Oder wie Brunnemann ad L. 10. §. 13. D. *Quae in fraud. cred.* sich ausdrückt: quum in vetus debitum chirographarium, quod sine mentione pignoris contractum erat, pignus obligatur.

creditorum ertheilt worden ist, also nicht bloß creditorum aeque, vel magis *vigilantium*, wie solches bei der Zahlung eintreten muß, wenn sie soll angefochten werden können. Man vergleiche auch im Ganzen nur die Gesetze, welche von der vor dem wirklichen Ausbruch des Concurses geleisteten Zahlung handeln, mit den angeführten Stellen von der Verpfändung, und man wird sich bald überzeugen, daß diese ganz anders, als jene, zu behandeln sei. Vielleicht ist aber hier noch ein Unterschied zu machen, ob der begünstigte Gläubiger die schlechten Vermögensumstände des Schuldners gekannt, mithin an dessen Absichten, die übrigen Gläubiger zurück zu setzen, Antheil genommen habe oder nicht. Daß im ersten Falle die geschehene Begünstigung als ungültig angefochten werden könne, hat weniger Bedenken [13]. Ich glaube aber auch selbst in dem zweiten Falle, daß dolus debitoris allein schon hinreichend sei, um das Nämliche zu behaupten; weil 1) die oben angeführten Gesetze überhaupt bestimmen, daß das Pfandrecht nicht bestehen soll, sobald es in fraudem creditorum ertheilt worden ist, wobei jedoch einer Theilnehmung des Gläubigers an der gefährlichen Absicht des Schuldners gar nicht erwähnt wird; 2) Obgleich einem Gläubiger frei steht, seine Befriedigung, da

13) L. 6. §. 8. D. *Quae in fraudem creditor.* Argum. L. 4. §. 31. fin. D. *de Doli mali et met. except.*

da er sie mit vollkommenem Rechte fordern konnte, selbst von einem bereits insolventen Schuldner entgegen zu nehmen: so erklären doch die Gesetze alles dasjenige, was der Schuldner dem Gläubiger bewilligt, ohne daß ihm dazu eine Zwangspflicht obliegen sollte, als eine, in Ansehung der übrigen Gläubiger ganz unbefugt ausgeübte Freigebigkeit, durchaus für ungültig [14]. Dahin gehört nun unstreitig die Hand-

14) Dieß bestätigt L. 10. §. 12. D. *Quae in fraud. cred.*: Si, cum in diem mihi deberetur, fraudator praesens soluerit, dicendum erit, in eo, *quod* sensi *commodum in repraesentatione*, (d. i. der anticipirten Zahlung) in factum actioni locum fore. Gleich darauf folgen die Worte: Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenetur etc. etc. woraus deutlich genug erhellet, daß diese Begünstigung aus gleichen Gründen zu beurtheilen sei. Die Worte in vetus creditum bezeichnen übrigens den Fall, von welchem das Gesetz eigentlich zu verstehen ist; wenn nämlich Schuldner einen Gläubiger, dem er bisher ohne Pfand, wenigstens ohne vorzügliches Recht schuldig war, nunmehr durch Verpfändung, oder gar, wie es bei uns üblich ist, durch gerichtliche Hypotheken zu begünstigen sucht. — Brunnemann in Decis. IV. 7. verb.: Aliud est debitum antiquum ex post facto

Handlung des Schuldners, wenn er denen, die ohne Pfand, oder wenigstens ohne gerichtliche Hypothek von ihm zu fordern hatten, nullo iure cogente, diese vorzüglichen Rechte bewilligt; folglich kommt es den Gesetzen nach nicht darauf an, ob diese Gläubiger um die Gefährde mit gewußt haben oder nicht [15]). Wie denn auch 3) in den Rechten überdem die ausdrückliche Vorschrift enthalten ist, daß, wenn der Schuldner bei Ertheilung des Pfandrechts gegen Andere betrüglich gehandelt haben sollte, dieses auch dem Pfandgläu-

munire hypotheca iudiciali, de quo textus loquitur, aliud vero nouum debitum contrahere et adseuerare, wobei es lediglich darauf ankommen würde, ob die Hauptschuld an sich als ein debitum in fraudem creditorum contractum anzusehen sei. Davon ist aber hier die Rede nicht, sondern von solchen Gläubigern, qui non ipso credito, sed potius tantum per impetrationem iuris prioritatis quidquam aliorum in creditorum fraudem susceperunt. Walch de iure prioritatis in fraud. cred. impetr. §. 14. sq.

15) L. 6. §. 11. D. *Quae in fraud. Credit.* L. 4. §. 29. *de doli mali et met. except.* — Dieß bestreitet indeß Walch in cit. Dissert. etc. und deren weitere Ausführung in Opusc. im III. 9. 19. rc. vielmehr will er die Ungültigkeit der Verpfändung bloß dann behauptet wissen, wenn der Gläubiger fraudis conscius gewesen ist. Mir scheinen aber doch die hier vorgetragenen Gründe immer noch überwiegend.

gläubiger mit Recht entgegen gesetzt werden könne [16]. In Ansehung der öffentlichen Hypotheken, womit der Schuldner Einen oder den Andern, zum Nachtheil der übrigen Gläubiger versorgt hätte [17], kommt noch insbesondere 4) hinzu, daß der ganzen Absicht dieser beglaubigten Hypotheken, ingleichen der gerichtlichen Pfandbücher nichts mehr zuwider sein kann, als wenn sogar der öffentliche Glaube dazu gemißbraucht werden dürfte, um die Unternehmung eines insolventen Schuldners, zum Nachtheile seiner Gläubiger zu decken [18], da es doch vielmehr 5) eine unleugbare Pflicht der Richter und Obrigkeiten ist, die gerichtliche Bestätigung der Hypotheken, oder deren Aufnahme in öffentliche Pfandbücher zu versagen, sobald irgend ein gegründeter Verdacht der Unzuläng-

16) L. 4. §. 30. D. ibid.

17) Ueber die Zulässigkeit der Paullianischen Klage in diesem Betrachte siehe *Gust. Bernh.* Beckmann *de debitore obaerato in praeiudicium creditorum non adquirente* Goett. 1774. p. 7. Brunnemann ad L. 10. D. *Quae in fraud. creditor.* n. 18. f. Berlich P. 1. Decis. 118.

18) Repertum enim hoc est, aduersus *fraudes*, ne eadem res saepius obligetur pluribus, et ne, ut pro dolor saepius fit, creditores pro suis nummis fraudes et elusiones recipiant. Mevius *ad ius Lubec.* P. III. T. I. Art. 6.

lichkeit des Vermögens und damit verbundenen betrüglichen Absicht vorhanden ist [19]).

8.

Beitrag zur Lehre, daß der Dolus des Käufers den Uebergang des Eigenthums der verkauften Sache hindere, und den Verkäufer berechtige, die verhandelte Sache mittelst der Eigenthumsklage zu verfolgen.

Ein Kaufmann zu Bremen empfing in den ersten Tagen des Märzmonats 1785 von gewissen Handelsleuten zu Rotterdam eine Quantität Waaren, welche er bereits im October 1784 käuflich verschrieben hatte. Gleich nach dem Empfang verhandelte er diese Waaren am 9ten März 1785 an einige seiner nahen Anverwandten, und kam darauf am 19ten desselben Monats

6. n. 4. Claproth iurisprud. extraiud. §. 25. Erxleben *de Pignorib.* §. 56.

19) I. G. Krause Diss. *de Requisitis hypothecae conventionalis*, Vitembergae 1714. §. 14. Mev. *ad ius Lubec.* c. 1. *I. H.* Boehmer *de praerogatiua hypothecarum public.* Cap. 2. §. 12. in dessen *Exercitat. ad Pand.* Tom. 3. p. 971.; woselbst auch mit Recht behauptet wird, daß gegen die Obrigkeit, welche hierin ihre

Monats mit der gerichtlichen Erklärung ein, daß er unvermögend sei, seine Gläubiger sämtlich zu befriedigen. Dieß veranlaßte die zuerst gedachten Verkäufer, die verhandelte Waare von den anderweitigen Besitzern derselben aus einem gedoppelten Grunde mit der Eigenthumsklage zurückzufordern; einmal, weil der Schuldner das ihm nicht creditirte Kaufgeld nicht bezahlt, vielmehr zweitens bei seinen bereits verfallenen Vermögensumständen, offenbar betrüglicher Weise die Kläger um das Ihrige zu bringen gesucht, folglich, den Rechten nach, das Eigenthum der Waaren, wenn sie ihm auch auf Credit verkauft wären, nicht erhalten, noch solches gültig auf die Beklagten gebracht habe. Das Obergericht der Kaiserlichen freien Reichsstadt Bremen erkannte die Beklagten zur Herausgabe der Waaren schuldig; welches Urtheil in der Revisions-Instanz von der Facultät zu Kiel bestätigt ward. Es ward

ihre Pflicht nicht erfüllet, von dem Gläubiger, der darunter leidet, mittelst der actionis in factum der Regreß genommen werden könne. Noch ausführlicher handeln davon *Iac. Gottl.* SIEBER, Diss, *an ex confirm. hypothecae index ad id, quod interest, teneatur,* Goett. 1758. §. 10. 13. *Joh. Frid.* WAHL *de validitate et effectu reseruationis dominii et hypothecae in securitatem residui pretii,* Goett. 1753. §. 16. I. H. BOEHMER *Consult. et Decis.* T. II. P. II. D. 1254. u. 1256.

ward den Klägern zuvörderst zwar die bekannte Regel: **Hand muß Hand wahren**, entgegen gestellet. Allein da die Statuten der Stadt Bremen, worauf die Beklagten sich bezogen[1]), jene Regel nicht im Allgemeinen zur Vorschrift machen, sondern lediglich nur die Rechte des handhabenden Pfandes dahin bestimmen, daß der besitzende Gläubiger den Vorzug haben soll: so konnte dieses auf den gegenwärtigen Fall nicht angewandt werden, weil bekanntlich von jenem Grundsatze heutiges Tages nur in sofern Gebrauch zu machen ist, als entweder bestimmte gesetzliche Vorschriften, oder ein ausgemachtes Herkommen denselben noch bestätigen. Außerdem wird billig den, die Rechte des Eigenthümers begünstigenden Vorschriften des gemeinen Rechts, nachgegangen[2]). Das Vorgeben der Kläger, daß sie dem Schuldner die Waaren nicht auf Credit verhandelt hätten, war nun freilich nicht gegründet. Schon der Umstand, daß sie seit 18 Jahren mit dem Schuldner auf Credit zu handeln gewohnt gewesen waren, gab auch hier eine starke Vermuthung wi-

1) **Statuten der Stadt Bremen Ordel.** 51. beim PUFENDORF *Observ.* Tom. 2. App. pag. 88.

2) AYRER *Different. iur. Rom. et Germ. circa pignus* §. 27. HEINECCIUS *elem. iur. Germ.* Lib. 2. Tit. 13. § 384. GUNDLING *de rei vind. ex iure Rom. et patrio*; Cap. 2. §. 13. CARPZOV P. 2. *Const.* 26. Defin. 5. *Sim. van* LEUVEN *Censur. forens.* Lib. 4. Cap. 7. §. 15.

wider die gedachte Behauptung an die Hand [3]); und mehrere Gründe setzten endlich das Gegentheil völlig außer Zweifel. Richtiger war der zweite Grund, wodurch die Verkäufer das ihnen verbliebene Eigenthum zu rechtfertigen suchten. Denn, da der Beklagte wenige Tage vorher, ehe er sich gerichtlich insolvent erklärte, die Waaren entgegen genommen, mit seinen nahen Anverwandten einen Handel darüber geschlossen, und seinen Verkäufern das leere Nachsehen gelassen hatte: so zeigte sich hier ein solcher dolus des Käufers, daß, wenn ihm gleich das Kaufgeld creditirt worden, dennoch unter solchen Umständen das Eigenthum der Waaren auf ihn nicht übergehen konnte [4]). Doch

G 2 äußerte

§. 15. **Westphal** rechtl. Abhandl. von den Fällen, wo der Eigenthümer seine, in die Hände eines Dritten gerathene Sachen gar nicht, oder nicht unentgeltlich wieder fordern kann. Halle 1788.

3) L. 12. D. *de pignorat. act.* L. 13. §. 1. D. *de usur.* L. 21. §. 1. *Qui Testam. fac. poss.* L. 50. §. ult. D. *de Legat. I.*

4) L. 7. pr. D. *de dolo malo.* L. 3. D. *de pignorat. act.* L. 16. §. 1. *de Minorib.* L. 3. §. fin. D. *pro Soc.* obgleich einige Rechtslehrer dafür halten, daß vermöge L. 10. C. *de rescind. emt. vend.* der Verkäufer nicht berechtigt sei, in solchem Falle die bereits übergebene Sache von einem Dritten zu vindiciren, sondern, daß er sich wegen des Betrugs nur an den Käufer

äußerte sich noch hiebei eine Bedenklichkeit, deren nähere Betrachtung vielleicht einen nützlichen Beitrag zu dieser

ser halten könne: LAUTERBACH coll. th. pr. *Tit. de dolo malo* §. 6. STRUV *Syntagm. iur. ciu.* ib. §. 30. so wird doch von andern das erwähnte Gesetz der Analogie gemäß nur von den besondern Fällen verstanden, wo entweder der dolus *incidens* den Contract an sich nicht aufhebt, oder wegen einer, bei dem Kaufcontract etwa angebracht gewesenen Stipulation, das Geschäft als *stricti iuris* zu behandeln, folglich an sich nicht null und nichtig war. COCCEII *iure controv. Tit. de dolo malo* Quaest. 4. *I. II.* BOEHMER *introd. in ius Digest.* d. t. §. 5. I. F. LUDOVICI Diss. *de dominio ex contractu doloso non translato* §. 29. Daher auch mehrere angesehene Rechtslehrer einstimmig dafür sind, daß, wenn der Käufer, so wie oben erwähnt ist, betrüglich zu Werke gegangen sein sollte, der Kauf nicht nur ganz rückgängig werde, sondern auch der Verkäufer das Recht erhalte, seine Sache von jedem dritten Besitzer zu vindiciren. VOET *Comment.* ad Pand. *Tit. de rei vind.* §. 14. MEV. P. 6. Dec. 193. n. 13. CARPZOV P. I. Const. 28. Def. 18. 19. C. F. WINCKLER *Triga Exercitat. ad ius Lubec. Exerc.* 1. §. 11. BERGER *Oecon. iur.* Lib. 2. Tit. 2. §. 18. n. 4. GLUECK de vita petend. rest. in integr. II, 35. 13. HARPRECHT *de rerum, decoctori vel decoctionis candidato venditarum vindicatione. Joh. Godofr.* BAUER *de vindicatione rei venditae et traditae, in Opusculis* T. I. p. 274. Dabelow vom Con-

dieser Materie liefern dürfte. Die betrügliche Absicht des Käufers kann daraus noch nicht allein gefolgert werden, daß er zur Zeit des geschlossenen Kaufs außer Stande war, seine sämmtlichen Gläubiger zu befriedigen[5]; indem es mit einem solchen Unvermögen, an sich betrachtet, gar wohl bestehen kann, daß ein Schuldner entweder bona fide seinen Vermögenszustand größer, als er war, geglaubt, oder auf eine Verbesserung seiner Umstände, auf einen, selbst mit der gekauften Waare zu machenden Gewinn, gerechnet, folglich die Absicht, den Verkäufer zu betrügen, nicht gehegt habe. Die Rechtsgelehrten wollen daher auch diese unlautere Absicht des Käufers nur in dem Falle vermuhtet wissen, wenn er Waaren borgt, und **gleich darauf** Concurs macht. Nun hatte aber der Schuldner bereits im October 1784 die Waaren verschrieben, und erst im März 1785 den Verfall seines Vermögens angezeigt; folglich war es nicht ausgemacht, daß er schon bei Schließung des Handels seine Verkäufer hinterlistig verleitet habe. Allein desto sicherer konnte man, nach den oben angeführten Thatsachen, behaupten, daß der Schuldner zu der Zeit, **als er die**

 Waa-

Concurs der Gläubiger §. 21. vertheidigt diese Meinung besonders Argum. L. 3. D. de pign. act.

5) WERNHER P. 4. Obs. 226. Stryck Diss. *de fide habita* C. 4. n. 20.

Waaren zu sich nahm, und in der Eile an seine Anverwandten überließ, von einer betrüglichen Absicht gegen seine Verkäufer nicht frei zu sprechen sei. Nun ist aber bekanntlich ein Käufer nur von der Zeit, da ihm die verkaufte Sache wirklich übergeben worden, als Eigenthümer derselben zu betrachten, und das Eigenthum der Waaren, welche von auswärtigen Kaufleuten verschrieben werden, geht der Regel nach erst beim Empfang derselben auf den Käufer über [6]). Handelt er daher bei diesem Vorgange arglistiger Weise gegen den Verkäufer: so verliert auch die Uebertragung des Besitzers ihre rechtliche Wirkung; weil das Eigenthum, welches der Käufer dadurch erlangt haben will, eine rechtmäßige und freiwillige Uebergabe voraussetzt, womit er aber nicht bestehen kann, wenn ein Dolus des Käufers bei seiner Erlangung des Besitzes zum Grunde liegt. Die Gesetze erfordern daher auch ausdrücklich zur Uebertragung des Eigenthums, daß der Käufer nicht nur zur Zeit des geschlossenen Handels, son-

6) Hommel *Rhaps. quaest. obs.* 688. u. 589. Ein anderes wäre freilich zu behaupten, wenn der Käufer die Waaren durch Personen, denen er Auftrag dazu ertheilt hatte, von dem Verkäufer in Empfang nehmen läßt. Argum. L. 14. §. 17. D. de furtis. Die Frage: auf wessen Gefahr die Uebersendung geschieht? ist bekanntlich nach andern Grundsätzen zu bestimmen. Hommel l. c. Struben rechtl. Bed. II. 65.

sondern auch alsdann, wenn die **Uebergabe** erfolgt, ohne Gefährde gehandelt haben müsse [7]). Und da also in diesem Betrachte der Schuldner das Eigenthum der Waaren nicht an sich gebracht, folglich auch die Beklagten solches von ihm nicht erhalten hatten: so war die von den Verkäufern angestellte Eigenthumsklage allerdings gerecht.

9.

Einige Zweifel gegen Schmidts Theorie von der verschiedenen Wirkung der sogenannten condictionis ex chirographo, und der aus einer Handschrift angestellten Executivklage.

Die Grundsätze, welche dieser Gelehrte über den bemerkten Gegenstand vorträgt [1]), scheinen mir sehr bedenklich. Er geht von der Behauptung aus, 1) daß nach Ablauf der gesetzlichen Zeit, die über das Dar=

7) L. 7. §. 16. 17. D. de *public. in rem act.* L. 10. pr. D. *de usucap. et usurpat.* L. 2. §. 3. et 5. D. *de doli mali et met. except.*

1) Praktisch. Lehrbuch ꝛc. ꝛc. §. 880. u. 881. womit E. G. Schmidt theoret. pract. Commentar. über seines Vaters Lehrbuch IV. 1. zu verbinden ist.

Darlehn, oder Heirathsguth ausgestellte Handschrift, dergestalt gegen den Aussteller, und dessen Erben, beweise, daß der Beklagte, wenn er auch das Gegentheil darthun wollte, gar nicht weiter gehört werden könne; 2) daß man auch schon vor Ablauf der gedachten Zeit aus einer solchen Handschrift executivisch klagen dürfe, und dem Schuldner alsdann die Einrede des nicht empfangenen Geldes nicht anders zu Statten komme, als wenn sie sogleich liquid wäre; 3) daß aber, sobald einmal executivisch geklagt worden, die Wirkung der erwähnten Einrede lediglich nur nach dem Verhältnisse ihrer Liquidität, ohne Rücksicht auf das Alter der Handschrift, zu bestimmen sei, mithin, wenn auch erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist geklagt würde, dennoch der Beklagte mit der Ausflucht des nicht erhaltenen Geldes, allerdings gehört, oder wenigstens ihm vorbehalten werden müßte, sein Recht mit der Widerklage zu verfolgen. Nach diesen Grundsätzen beantwortet der Verf. die Frage: Ob und in wie fern es rathsamer und besser sei, aus einer Handschrift executivisch zu klagen, oder condictionem ex chirographo anzustellen? Nämlich: die Urkunde hat entweder schon das gesetzliche Alter erreicht; oder nicht. Im ersten Falle ist gedachte condictio vorzuziehen, der Beklagte dagegen mit der mehrgedachten Einrede

rede gar nicht gehört, ihm auch keine Widerklage deshalb vorbehalten werden darf. Mit der executivischen Klage hingegen würde unter diesen Umständen der Nachtheil des Klägers verknüpft sein, daß der Richter den Beklagten mit solcher Ausflucht zulassen, oder zur Reconvention verweisen müßte. In dem **zweiten** Falle aber handelt der Gläubiger nicht vorsichtig, wenn er condictionem ex chirographo anstellet, weil, so lange die in den Gesetzen bestimmte Zeit noch nicht verstrichen ist, der Kläger die wirkliche Auszahlung des Geldes auf andere Art beweisen müßte. Hier wäre also die executivische Klage rathsamer, weil sie die Einrede des nicht gezahlten Geldes nicht anders zuläßt, als wenn der Beklagte solche sogleich liquid machen kann. — Nach meiner Ueberzeugung enthält diese Theorie eines Theils in den Prämissen Manches, dem ich nicht beipflichten kann, und andern Theils, wenn man auch darüber mit dem Verf. nicht streiten wollte: so scheint mir doch die Schlußfolge unrichtig. Ich glaube wenigstens, 1) daß auch nach Ablauf der gesetzlichen Zeit, die Zulässigkeit der Einrede des nicht bezahlten Geldes, im Fall nämlich der Beklagte den Beweis zu führen bereit, und im Stande ist, sich wohl behaupten lasse, und zwar nicht bloß als eine angenommene Meinung der Gerichte und praktischen

Rechtsgelehrten, sondern nach wahren theoretischen Gründen. Denn wenn auch nach Römischen Rechten die Sache sehr streitig ist [2]: so kann doch nach den Vorschriften des Canonischen Rechts keine Verjährung ohne guten Glauben eintreten, und ein Gesetz, welches den Betrüger begünstigt, keine moralische Sanction haben. Desto mehr verdient das Päbstliche Recht hier den Vorzug, da es den Richter berechtigt, den Betrogenen zu schützen, und eben dadurch die Rechte der gesunden Vernunft und der Moral zu handhaben [3]. Mir scheint auch 2) die Meinung anderer Rechtsgelehrten sehr gegründet, daß der **Executivproceß** [4]) die Einrede des nicht bez-

2) Man sehe jedoch die bereits oben angeführte Abhandlung des C. A. von **Braun** beim Siebenkees Jurist. **Magazin** 1 Th. Seite 216. und **Neuer** Samml. jurist. Abhandl. 1. 2.

3) Cap. f. X. de Praescript. **Wehrn von gerichtl. Einred.** §. 8.

4) Ein Anderes ist, wenn von eigentl. Wechseln, und dem Wechselprocesse die Rede ist, vermöge ausdrücklicher Bestimmung des Reichsschlusses von 1671. **Danz**, Handbuch des heutigen deutsch. Privatrechts 2 Th. §. 225. Siehe Fratr, BECMANNORUM Consil. et

bezahlten Geldes nicht ausschließe, sondern vielmehr so lange suspendirt werden müsse, bis dieser Einrede abgeholfen worden [5]); weil die Handschrift, vor Ablauf der gesetzlichen Zeit, gegen den Beklagten nicht völlig beweiset, folglich dem Anspruche des Klägers diejenige Liquidität nicht giebt, welche der Executivproceß doch erfordert. Alles dieses nun auch bei Seite gesetzt: so ist doch 3), wie gesagt, die Schlußfolge, welche der Verfasser aus seinen Prämissen herleiten will, nicht füglich zu billigen. Denn da er selbst annimmt, daß gegen eine Handschrift, welche über das gesetzliche Alter hinaus ist, gar keine Einrede, oder Querel des nicht empfangenen Geldes mehr Statt finde; wenn auch der Aussteller den Beweis davon übernehmen wollte: so kann er ja ohne Widerspruch nicht behaupten, daß der Richter nach dieser Zeit, wenn executivisch geklagt wäre, die gedachte Einrede entweder zulassen, oder doch wenigstens dem Beklagten die Widerklage we-

et Decis. Tom. I. Argum. 38. n. 31. f. Ludovici Wechsel-Proceß Cap. 11. §. 27. Schaumburg *princip. prax. iud. Lib.* 2. c. 3. §. 14. n. 5.

5) Müller ad Struv. *Exercit.* 25. th. 45. lit. a. Brunnemann ad L. 5. C. *de non num. pecun.* n. 4. Richter Dec. 21. n. 24. Wernher T. 3. P. I. Observ. 49.

wegen des nicht empfangenen Geldes vorbehalten müßte. Unmöglich kann eine besondere Proceßart — und weiter ist doch das executivische Verfahren nichts, — die Wirkung haben, daß dem Beklagten Ausflüchte zukommen, oder Widerklagen zu gestatten sind, welche ihm, **nach des Verfassers Meinung**, bereits die Gesetze selbst versagt haben.